Die Kriegsgefangenschaft insbesondere nach römischem und heutigem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Max Locker

Referendar in Neurode i. Schles.

Breslau 1913.

Druck von Otto Gutsmann, Schuhbrücke 32.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Gretener.

Meinen Eltern!

Literaturverzeichnis.

Bechmann, Das jus postliminii und die lex Cornelia. Erlangen 1872.

Bluntschli, Das moderne Völkerrecht. Nördlingen 1878.

Bluntschli, Das Beuterecht im Kriege. Nördlingen 1878.

Bonfils, Lehrbuch des Völkerrechts, übersetzt von Grah. Berlin 1904.

Brüsseler Deklaration (Projet d'une déclaration internationale concernant les lois et les coutumes de la guerre, 1874).

Bruns, „Die Verschollenheit" in Bekkers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. I. Bd. 1857.

Buhl, Salvius Julianus. Heidelberg 1886.

Calvo, Le droit international, théorique et pratique, tome IV. Paris 1896.

Cohn, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. 1880.

Eichelmann, Über die Kriegsgefangenschaft. Dorpat 1878.

Endres, Die völkerrechtlichen Grundsätze der Kriegführung zu Lande und zur See. Berlin 1909.

Fehr, Besprechung in Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte. Bd. 31 (1910).

Haager Landkriegsabkommen, abgedruckt in RGBl. 1901, S. 423 ff. u. 1910 S. 132 ff. zitiert „Die Ordnung".

Hase, Das jus postliminii und die fictio legis Corneliae. Halle 1851.

Heffter-Geffcken, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart. Berlin 1888.

Heilborn, Völkerrecht in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1904.

Instructions for the Government of Armies of the United States in the field, abgedruckt bei Bluntschli (siehe oben) zitiert: Amerikanische Kriegsartikel.

Ihering, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. X (1871) S. 408 ff.

Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erster Teil. Leipzig 1866.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1901.

Kasparek, „Über die Kriegsgefangenschaft" in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. IX. Wien 1882.

v. Kirchenheim, „Beendigung des Krieges und Postliminium“ in v. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts. Hamburg 1889.

Kriegsgeschichtliche Einzelschriften, herausgegeben vom Großen Generalstabe. Bd. VI Heft 31. Berlin 1905.

v. Liszt, Das Völkerrecht. Berlin 1911.

Lueder, „Das Landkriegsrecht im Besonderen“ in v. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts (siehe oben).

Meurer, Kriegsrecht der Haager Konferenz. München 1907.

Mitteis, Römisches Privatrecht. Bd. I. Leipzig 1908.

Mommsen, „Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staate“ in Festgabe für Beseler. Berlin 1885.

Müller-Jochmus, Geschichte des Völkerrechts im Altertum. 1836.

Pernice, Marcus Antistius Labeo I.

Puchta, Kursus der Institutionen. Leipzig 1871.

Rotermund, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Hannover 1911.

Sohm, Institutionen. Leipzig 1911.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. München und Berlin 1910.

Triepel, Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechtes. Leipzig 1894.

Ullmann, Das Völkerrecht in: Das öffentliche Recht der Gegenwart. Tübingen 1908.

Vattel, Le droit des gens. l. III. London 1758.

Voigt, Die Lehre von ius naturale. Leipzig 1856.

Voigt, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1892.

v. Wächter, Pandekten. Allgemeiner Teil. 1880.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.

Zorn (Albert), Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung. Berlin 1906.

Inhaltsübersicht.

Erster Teil.

Die Kriegsgefangenschaft nach römischem Recht.

Einleitung.

Seite

§ 1. Voraussetzungen und Begriff der Kriegsgefangenschaft nach römischem Recht 1

Die Wirkungen der Kriegsgefangenschaft des römischen Rechts.

I. Öffentlichrechtliche Wirkungen.

1. Abschnitt. Völkerrechtliche Wirkungen.

§ 2. a) Während der Dauer der Gefangenschaft selbst 3

§ 3. b) Nach Beendigung der Gefangenschaft (jus postliminii) 5

2. Abschnitt. Staatsrechtliche Wirkungen.

§ 4. a) Während der Dauer der Gefangenschaft selbst (capitis deminutio maxima) 6

§ 5. b) Nach Beendigung der Gefangenschaft (jus postliminii) 10

II. Privatrechtliche Wirkungen.

§ 6. 1. Im allgemeinen 11

2. Im besonderen in bezug auf das

A. Personen- und Familienrecht.

1. Wirkungen auf die patria potestas

§ 7. α) Hinsichtlich der Stellung des kriegsgefangenen pater familias 13

§ 8. β) Hinsichtlich der Stellung der in Rom zurückgebliebenen Hauskinder 14

§ 9. γ) Hinsichtlich der Stellung der kriegsgefangenen Hauskinder zu ihrem in civitate zurückgebliebenen pater familias . . 16

§ 10. 2. Wirkungen auf die Ehe des Kriegsgefangenen 17

§ 11. 3. Wirkungen auf die Vormundschaft 20

B. Vermögensrecht.

a) Das Sachenrecht.

§ 12. 1. Wirkungen der Kriegsgefangenschaft auf den Besitz des Kriegsgefangenen 21

2. Wirkungen auf das Eigentum des Kriegsgefangenen

§ 13. α) An den in Rom zurückgelassenen Sachen 22

§ 14. β) An den mit dem Kriegsgefangenen in Feindeshand gefallenen Sachen 25

§ 15. b) Das Obligationenrecht 27

C. Erbrecht.

§ 16. a) Bei Kriegsgefangenschaft des Erblassers 28

§ 17. b) Bei Kriegsgefangenschaft des Erben 31

Zweiter Teil.

Übersicht über die historische Entwickelung der Kriegsgefangenschaft.

Seite

§ 18. a) Im Mittelalter 32
§ 19. b) In der Neuzeit 36

Dritter Teil.

Die Kriegsgefangenschaft nach heutigem Recht.

§ 20. Das Wesen der heutigen Kriegsgefangenschaft. 42
§ 21. Subjekte der Kriegsgefangenschaft 43

Die Wirkungen der Kriegsgefangenschaft.

1. Pflicht des Nehmestaates, das Leben der Kriegsgefangenen zu schonen.
Sie besteht nicht
§ 22. a) Bei zwingendem Kriegsnotstand. 45
§ 23. b) Wenn die Nehmepartei zu Repressalien an den Kriegsgefangenen berechtigt ist 47
2. Rechte und Pflichten des Nehmestaates.
§ 24. a) In bezug auf die Behandlung, Unterkunft und den Unterhalt der Kriegsgefangenen 48
§ 25. b) In bezug auf ärztliche Behandlung und geistliche Versorgung der Kriegsgefangenen 52
§ 26. 3. Recht des Nehmestaates, die Kriegsgefangenen gegen entsprechende Vergütung mit Arbeiten zu beschäftigen 52
§ 27. 4. Straf- und militärische Befehlsgewalt des Nehmestaates über die Kriegsgefangenen 55
5. Insbesondere Bestrafung der Kriegsgefangenen.
§ 28. a) Bei Flucht und Fluchtversuch. 57
b) Bei Verletzung der von ihnen übernommenen Verpflichtungen
§ 29. 1. Bei Flucht und Fluchtversuch unter Ehrenwortsbruch . . 62
§ 30. 2. Bei Entlassung auf Ehrenwort 63
§ 31. 6. Privatrechtliche Stellung der Kriegsgefangenen . . 65
§ 32. 7. Beendigung der Kriegsgefangenschaft. 69

Erster Teil.

Die Kriegsgefangenschaft nach römischem Recht.

Einleitung.

§ 1. Voraussetzungen und Begriff der Kriegsgefangenschaft nach römischem Recht.

Der Eintritt der Kriegsgefangenschaft des römischen Rechts war ebenso wie im heutigen Recht an bestimmte Voraussetzungen gebunden, die auch im antiken Völkerrecht, dessen Existenz heute wohl nicht mehr bezweifelt wird[1]), anerkannt waren. Wenn nun auch im Altertum ein zwischen verschiedenen Völkern herrschender Krieg nicht alleinige[2]) Voraussetzung zur Herbeiführung der Kriegsgefangenschaft war — ursprünglich galt jeder Fremde, der sich im Gebiete eines nicht befreundeten Volkes aufhielt, als Feind und wurde als Kriegsgefangener behandelt —, so werden wir doch in der späteren Entwicklung den Eintritt der Kriegsgefangenschaft in der Regel von dem Bestehen eines Krieges zwischen zwei Völkern abhängig zu machen haben; damit ist u. a. der Fall einer Kriegsgefangenschaft im Bürgerkriege begrifflich ausgeschlossen. Als besondere Voraussetzung zur Herbeiführung rechtmäßiger Kriegsgefangenschaft wurde, auch vom völkerrechtlichen Standpunkt aus, noch erfordert, daß die sich bekriegenden Völker solche waren, die ihre Selbständigkeit gegenseitig

[1]) cf. Müller-Jochmus, Geschichte des Völkerrechts im Altertum, S. 2 des Vorworts.

[2]) cf. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, S. 117.

anerkannten; das altrömische Kriegsrecht — wenn man von einem solchen sprechen darf — erkannte nur ein souveränes Volk als berechtigt an, mit Rom Krieg im Rechtssinne zu führen; nur in diesem Falle ließ es die spezifischen Wirkungen der Kriegsgefangenschaft eintreten. So z. B. Karlowa[1]), der als unbestritten feststellt, daß zunächst das jus postliminii immer nur stattfinden konnte „im Verhältnis zweier souveräner Staaten, welche ihre rechtliche Selbständigkeit innerhalb ihres Gebietes gegenseitig anerkennen". Da nun das postliminium der contrarius actus der captivitas war[2]), so muß dieses Erfordernis der Souveränität auch bei der Kriegsgefangenschaft im Rechtssinne vorhanden gewesen sein. Zudem war es ein allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts, daß ein Staat, der seine Selbständigkeit verloren hatte, hiermit auch das Recht eigener Kriegführung einbüßte[3]). Als Subjekt der Kriegsgefangenschaft galten nach älterem Recht alle Volksgenossen, ohne Rücksicht auf Alter, Geschlecht oder Wehrfähigkeit, erst in späterer Zeit ging die Kriegspraxis dazu über, nur die waffenfähige Mannschaft des feindlichen Volkes in Kriegsgefangenschaft abzuführen.

Eine das Wesen der Kriegsgefangenschaft des römischen Rechts erschöpfende, klare und einwandsfreie Definition läßt sich m. E. — im Gegensatz zur Kriegsgefangenschaft des heutigen Rechts (s. S. 42, 42) — nicht geben, da einmal, vom antikvölkerrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, die Kriegsgefangenschaft kein rechtlich geordnetes Institut, sondern lediglich ein tatsächliches Gewalt- oder Willkürverhältnis darstellt (wie S. 3 ausgeführt), also eine Rechtsformel dafür unmöglich ist, weiter aber die Kriegsgefangenschaft auf dem Gebiete des rein römischen, besonders des Privatrechts sich derart verschiedenartig äußert, daß das Wesen der Kriegsgefangenschaft des römischen Rechts m. E. nur durch eine eingehende Untersuchung ihrer Wirkungen klar erkannt werden kann.

---

[1]) a. a. O. S. 118.

[2]) cf. Karlowa, a. a. O. S. 117.

[3]) cf. z. B. Müller-Jochmus, a. a. O. S. 176.

Die Wirkungen der Kriegsgefangenschaft des römischen Rechts.

I. Öffentlichrechtliche Wirkungen.

1. Abschnitt. Völkerrechtliche Wirkungen.

§ 2. a) Während der Dauer der Gefangenschaft selbst.

Nach dem ältesten römischen Kriegsrecht, wie überhaupt nach antikem Völkerrecht, verfielen die gefangengenommenen Feinde der schrankenlosen Willkür des Siegers. Der ursprünglich geübte Brauch war die Tötung der Gefangenen; dies geschah auch nicht selten in der Weise, daß man den damaligen religiösen Anschauungen entsprechend die Gefangenen den Göttern zum Opfer darbrachte. Aber schon verhältnismäßig früh gingen die Römer, wohl weniger aus humanen als vielmehr aus egoistischen Gründen[1]) dazu über, das Leben der Kriegsgefangenen zu schonen und sie als Sklaven mit sich zu führen. Da aber das den Feinden abgenommene Gebiet, das dem römischen Staate einverleibt wurde, nicht bevölkerungslos bleiben konnte, beschränkten sich die Römer, wie schon erwähnt, gewöhnlich darauf, nur die feindlichen Krieger in die Sklaverei zu führen, während sie die übrigen Volksangehörigen als Untertanen, regelmäßig als peregrini dediticii, aufnahmen und in ihrem Heimatlande beließen. Allerdings muß dabei festgehalten werden, daß das Recht, den Besiegten gegenüber das alte, härtere Verfahren anzuwenden, stets unbestritten blieb[2]).

Es erhebt sich nun die Frage, wessen Sklaven die gefangenen Feinde wurden. Die Kriegsgefangenen gehörten ebenso wie das ihnen abgenommene Eigentum zur praeda, und diese erwarben die Erobernden — „als eine geschlossene Totalität betrachtet, die den Staat gegen den Feind repräsentierte“[3]), — zunächst nicht für sich, sondern für den Staat[4]).

---

[1]) cf. Lueder in v. Holtzendorffs Handb. IV. S. 425.

[2]) cf. Lueder, a. a. O. S. 425; Müller-Jochmus, a. a. O. S. 159; siehe z. B. Caesar, Bell. Gall. III, 16; Livius I, 38.

[3]) cf. Müller-Jochmus, a. a. O. S. 169; Windscheid-Kipp, Pandekten, Anm. 12 zu § 184.

[4]) Dagegen spricht, allerdings als einzige Quellenstelle, l. 51 § 1 D. de acqu. rer. dom. (41, 1); cf. Müller-Jochmus, l. c.

Wenn der Soldat im Felde nicht für den Staat, sondern für sich erwerben wollte und etwas von der praeda veruntreute, beging er ein crimen peculatus[1]), was konsequenterweise auch anzunehmen ist, wenn er einen Kriegsgefangenen beiseiteschaffte, um ihn seinem Vermögen einzuverleiben.

Im übrigen stand die Verfügungsbefugnis über die gesamte Beute mit Einschluß der Kriegsgefangenen — allerdings mit der Verpflichtung einer Art Rechenschaftslegung gegenüber dem Senat — dem imperator zu[2]). Die Kriegsgefangenen kamen, soweit sie nicht etwa vorher schon vom imperator den Soldaten überlassen worden waren, in die öffentlichen Gefängnisse; hier suchte sich der Staat die für ihn Geeigneten, gewöhnlich die technisch Gebildeten, aus; die übrigbleibenden ließ er in der Regel sub corona oder sub hasta verkaufen; so gingen sie in Privateigentum über. Die Behandlung der kriegsgefangenen Sklaven von seiten der Römer ist im allgemeinen keine unnötig grausame gewesen.

Billigerweise erkannte das römische Recht aber an, daß auch der in Kriegsgefangenschaft geratene römische Bürger Sklave wurde bzw. als Sklave zu betrachten war[3]); es war dies ein bei den Römern von jeher anerkannter Grundsatz des Völkerrechts[4]), der auf der Anschauung beruhte, daß „die faktische Vernichtung der Freiheit des Kriegsgefangenen auch die rechtliche Vernichtung derselben zur notwendigen Folge hat". Diese letztere Wirkung der Kriegsgefangenschaft trat aber nach römischem und jus gentium erst ein, wenn der Kriegsgefangene aus dem Territorium seines Heimatstaates bzw. dem eines befreundeten Staates in das des Feindes gebracht worden war[5]):

[1]) cf. Müller-Jochmus, a. a. O. S. 169.

[2]) cf. Müller-Jochmus, a. a. O. S. 171; ebenso Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Erster Teil, S. 256.

[3]) cf. Bechmann, Das jus postliminii, S. 6/7; Puchta, Kursus der Institut. II, S. 366; Heffter-Geffcken, D. europ. Völk., S. 411 u. a.; Mitteis l. c. will dies nur bei dauernder Kriegsgefangenschaft annehmen; über die Streitfrage, ob der kriegsgefangene Römer wirklich Sklave oder ob seine Lage nur sklavenähnlich war, siehe S. 6 ff.

[4]) Mitteis, Röm. Privatrecht, I S. 127; cf. Müller-Jochmus, a. a. O., S. 171; v. Kirchenheim, in v. Holtzendorffs Handb., IV S. 831; Bechmann, a. a. O. 7; Hase, Das jus postliminium und die fictio legis Corneliae, S. 5.

[5]) Siehe l. 5 § 1, l. 19 § 3 D. de captiv. (49,15).

von diesem Augenblick an war er servus hostium. Mitteis[1]) will im Gegensatz zu dieser herrschenden Ansicht als maßgebende Grenze für den römischen und den feindlichen Machtbereich nicht die fixierten gegenseitigen Staatsgrenzen, sondern die beiderseitigen militärischen Vorposten angesehen wissen.

§ 3. b) Nach Beendigung der Kriegsgefangenschaft (jus postliminii).

Da die Kriegsgefangenschaft, solange sich das Subjekt derselben noch nicht im Territorium des Feindes befand, lediglich faktische Unfreiheit begründete, so wurde der Gefangene, dem es auf irgend eine Weise gelang, aus der feindlichen Gewalt zu entkommen, wieder tatsächlich vollfrei, ohne daß es eines besonderen Erfordernisses hierzu bedurft hätte. Anders war die Sachlage, wenn der Kriegsgefangene sich bereits innerhalb des feindlichen Gebietes befunden hatte und von hier aus in seinen Heimatstaat zurückgelangte; denn er war inzwischen rechtlich zum Sklaven geworden bzw. (cf. Mitteis) als solcher zu betrachten. Hier setzte nun das Recht des postliminium ein, dessen Wirkungen auf die einzelnen Rechtsverhältnisse unten näher auszuführen sein werden.

Dieses ohne Zweifel uralte[2]) Rechtsinstitut[3]) bewirkte, daß der Sklave gewordene bzw. als solcher angesehene Kriegsgefangene bei Rückkehr nach der Heimat ipso jure wieder seine frühere rechtliche Stellung einnahm; es war entsprechend der seine Voraussetzung bildenden Kriegsgefangenschaft — zu der es gewissermaßen den contrarius actus bildete[4]) — an bestimmte dem Völkerrecht — herrschende Meinung (siehe Anm. 4) — angehörige Voraussetzungen gebunden[5]). Das postliminium

[1]) a. a. O. S. 128.

[2]) cf. Karlowa, a. a. O. S. 118.

[3]) Das nach Pernice, Labeo, I. S. 375, auf republikanischem Staatsrecht. nach Karlowa, a. a. O. S. 118, auf internationalen mores und staatsrechtlichen leges, nach der herrschenden Meinung aber (siehe Hase, a. a. O. S. 18; Bechmann, a. a. O. S. 9; Ihering in Jahrb. X, S. 419) auf völkerrechtlichen Verträgen beruht (vgl. auch l. 19 pr. D. de captiv. [49,15]).

[4]) cf. Karlowa, a. a. O. S. 117.

[5]) auf die näher einzugehen, außerhalb des Rahmens der Arbeit liegen würde.

wurde den Kriegsgefangenen in allen Fällen wirklicher Beendigung der Kriegsgefangenschaft gewährt, also hauptsächlich bei Befreiung aus der feindlichen Gewalt — entweder durch das eigene bzw. befreundete Volk oder Selbstbefreiung durch die Flucht — und bei freiwilliger Rückgabe des Kriegsgefangenen, gewöhnlich in Erfüllung des Friedensvertrages nach beendigtem Krieg, aber auch, wenngleich seltener, auf Grund von Waffenstillstandsverträgen, die häufig Auswechselung der Gefangenen anordneten. Zweifelhaft konnte es sein, ob Kriegsgefangene, über die im Friedensvertrage überhaupt keine Bestimmung getroffen worden war, Anspruch auf postliminium hatten. Die Frage ist wegen der verschiedenartigen Lesung bei Tryphoninus l. 12 pr. D. de captiv. (49,15) schwierig zu entscheiden. Karlowa[1]) spricht unter diesen Umständen den Kriegsgefangenen das postliminium ab, während im Gegensatz dazu Mommsen[2]) und Buhl[3]) es zulassen. Mitteis, dessen Meinung m. E. zutreffend ist, will den Ausschluß des postliminium mit Sicherheit höchstens bei den kriegsgefangenen Römern annehmen, für die in Händen der Römer befindlichen Gefangenen sei ihr Heimatsrecht ausschlaggebend[4]).

2. Abschnitt. Staatsrechtliche Wirkungen.

§ 4. a) Während der Dauer der Gefangenschaft selbst.

Wir haben gesehen, daß der in feindliche Kriegsgefangenschaft Geratene vom völkerrechtlichen Standpunkte aus Sklave wurde bzw. als Sklave zu betrachten war. Bei der folgenden Untersuchung, welche Wirkungen die Kriegsgefangenschaft des Römers auf seine Stellung als römischer Staatsbürger ausübte, werden wir uns hauptsächlich mit der Frage zu beschäftigen haben, ob durch Geraten in Kriegsgefangenschaft ein Verlust der Freiheit und im besonderen des Bürgerrechts, also des status libertatis und civitatis, im Rechtssinne, eintrat oder nicht; die Frage ist gleichbedeutend mit der nach dem Eintritt oder

[1]) a. a. O. S. 118 Anm. 2.
[2]) cf. Mommsen, Festgabe für Beseler, Verm. Schriften 3,4, S. 258 Anm. 1.
[3]) cf. Buhl, Salv. Julian, S. 253 Anm. 1.
[4]) cf. Mitteis, a. a. O. S. 130 Anm. 14.

Nichteintritt der capitis deminutio (diminutio) maxima[1]), denn durch diese trat der Rechtsverlust der Freiheit und als selbstverständliche und unausbleibliche Folge davon der der Civität ein. Die Entscheidung der Frage ist sehr erschwert durch die außerordentliche Bestrittenheit und die relativ große Unsicherheit der Lehre von der capitis deminutio überhaupt, zumal deren Ursprung fast ganz in Dunkel gehüllt ist[2]). Die ältere, von Bechmann neu vertretene und wohl — wie ihre Opponenten Cohn[3]), Mitteis[4]) u. a. selbst anerkennen — herrschende Lehre stellt sich auf den Standpunkt, daß der in Kriegsgefangenschaft geratene römische Bürger eine capitis deminutio maxima erlitten habe[5]), kraft deren sein caput d. i. „die nach dem ius civile Romanorum begründete öffentlich- und privatrechtliche Rechtssubjektivität eines civis Romanus völlig vernichtet worden sei[6]); sie geht dabei von der Ansicht aus, daß die in Gaius' Institutionen und in den Digesten vorhandene Aufzählung der Fälle von capitis deminutio maxima nicht erschöpfend ist, und daß in Rom alle Fälle von Freiheitsverlust, vorzüglich die captivitas, zur capitis deminutio maxima gerechnet wurden. Danach würde also der Kriegsgefangene, als capite deminutus der Libertät und Civität entbehrend[7]), aus der staatsrechtlichen Gemeinschaft der Römer ausgeschlossen gewesen sein.

---

[1]) Es kann nur die maxima capitis deminutio und nicht die magna (media) c. d. in Frage kommen, denn es gibt — ganz abgesehen davon, daß die Entstehung der magna c. d. nach den neuesten Untersuchungen von Desserteaux (siehe S. 9 Anm. 6; Fehr, in der Zeitschr. der Savignystiftung, 31 S. 481) erst in die Kaiserzeit verlegt wird —, nur eine geschlossene Anzahl von Fällen der magna c. d., zu denen die captivitas zweifelsohne nicht gehörte.

[2]) cf. Karlowa, a. a. O. S. 249; Fehr, in Zeitschr. der Savignystiftung, Bd. 31 S. 480.

[3]) cf. Cohn, Beiträge I, S. 67.

[4]) Mitteis, a. a. O. S. 128 Anm. 11.

[5]) cf. Karlowa, a. a. O. S. 259.

[6]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 2 (Quellenstellen S. 3); Hase, a. a. O. S. 6; Ihering, a. a. O. S. 404; Pernice, Labeo I, S. 375; Wächter, Pand., Allgem. Teil S. 202; Puchta, a. a. O. § 220,1 u. a.

[7]) Siehe Gaius Inst. I 160, Ulpian, fragm. XI, 11, Paulus l. 11 D. de cap. min. (4, 5), Modestinus, l. 4 § 11 D. de grad. et adfin. (38, 10).

Karlowa[1]) vertritt eine Mittelmeinung, indem er mit Rücksicht darauf, daß in den Quellen weder bei Erörterung der capitis deminutio die Kriegsgefangenschaft erwähnt noch bei Besprechung der captivitas als capitis deminutio maxima gekennzeichnet ist, die Frage offen lassen will. Für die vom postliminium ausgeschlossenen captivi dagegen, wie z. B. für die, welche sich den Feinden selbst ergeben haben, will Karlowa[2]) nach Analogie einiger von ihm angeführter Fälle, wo der Wille des Staates, sich dieses Angehörigen zu entledigen, deutlich hervortrat, den Eintritt von capitis deminutio maxima annehmen. Mitteis[3]) unterscheidet zunächst Kriegsgefangenschaft bei offenem und bei ausgeschlossenem postliminium. Über die erstere, welche in Rom die Regel gebildet hat, führt er[4]) aus, daß der kriegsgefangene römische Bürger nicht wirklicher Sklave geworden, sondern daß er mit dem Augenblick der Gefangennahme[5]) nur gleich einem Sklaven betrachtet worden sei. Diese Behauptung stützt er darauf, daß die verläßlichen Quellen den Fall der captivitas nicht zu denen der capitis deminutio maxima zählen und nur von einem „in potestate hostium esse“ sprechen. Die Rechtsbeschränkung, die den Kriegsgefangenen traf, habe nur in einer bloßen Suspension aller seiner Rechtsverhältnisse bestanden. Zur Erhärtung dessen beruft sich Mitteis auf die aus den Quellen ersichtliche Behandlung zweier praktischer Fälle aus dem Staatsrecht und einer größeren Anzahl von Fällen aus dem Privatrecht und sucht außerdem die von Bechmann[6]) und dem ihn beistimmenden Pernice[7]) angezogenen, mit seiner Ansicht nicht zu verein-

---

[1]) a. a. O. S. 256.

[2]) l. c.

[3]) a. a. O. S. 128.

[4]) a. a. O. S. 128 Anm. 11.

[5]) Mitteis sagt hier, anscheinend der Kürze halber, „im Augenblick der Gefangennahme“, doch muß es wohl genauer heißen: mit dem Augenblick, wo der römische Kriegsgefangene sich innerhalb der feindlichen militärischen Vorposten befand (S. 5 o.), denn vorher war er — jedenfalls vom römischen Standpunkt aus — noch kein Sklave und konnte um so weniger als solcher betrachtet werden.

[6]) a. a. O. S. 3 ff.

[7]) a. a. O. 378, lf., 401.

barenden Entscheidungen zu entkräften. Hieraus ergibt sich seiner Meinung nach, daß nach römischem Recht der Kriegsgefangene nicht wirklich Sklave geworden sei und demgemäß keine echte capitis deminutio maxima erlitten, sondern sich nur infolge der Suspension aller seiner Rechtsverhältnisse in einem der capitis deminutio maxima ähnlichen Zustande befunden habe. Demgemäß hatte, wenn man Mitteis' Auffassung auf die staatsrechtliche Stellung des Kriegsgefangenen überträgt, dieser sein römisches Bürgerrecht, das jus suffragii et honorum, nicht verloren, wie es die herrschende Meinung annimmt, sondern es war nur für die Dauer der Kriegsgefangenschaft suspendiert[1]). Bei dem in dauernde Kriegsgefangenschaft Geratenen, wo das postliminium ausgeschlossen war, nimmt Mitteis[2]) ähnlich wie Karlowa (siehe S. 8) an, daß er auch vom römischen Gesichtspunkte als Sklave betrachtet wurde und der römischen civitas nicht mehr angehörte. Derselben Ansicht wie Mitteis sind Becker, Voigt, Cohn und Sohm[3]). Auch Mommsen[4]) scheint sich der eben dargestellten Ansicht zu nähern, da er mit der Gefangennahme nur tatsächlichen, nicht rechtlichen Freiheitsverlust eintreten läßt; rechtliche Unfreiheit entsteht nach seiner Ansicht erst, wenn der nachfolgende Friedensschluß die Rückgabe des Gefangenen ausschließt, also bei dauernder Kriegsgefangenschaft.

Eine Bestätigung der Mitteis'schen Ansicht ist in dem von Fehr[5]) besprochenen I. Bande des gründlichen Werkes von F. Desserteaux[6]) zu finden, der auf Grund eingehender Untersuchungen unabhängig von den Ausführungen Mitteis' zu einem ähnlichen Resultat kommt. Danach sind die in Gaius Institut. aufgezählten Fälle der capitis deminutio maxima im

---

[1]) cf. auch Sohm, Inst. S. 208 Anm. 1.

[2]) a. a. O. S. 127.

[3]) cf. Becker, Handb. d. röm. Altert. 2, 1 Nr. 251; Voigt, jus naturale 4, 36 f.; Cohn, Beiträge S. 68; Sohm, Inst., 209.

[4]) Mommsen, Verm. Schrift. 3, 4 S. 256 f.

[5]) cf. Fehr, in Zeitschr. der Savignystift., 31 S. 480.

[6]) F. Desserteaux, Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio I. Ancienneté respective des cas et des sources de la capitis deminutio. Dijon und Paris, 1909. Leider war das Original nicht erreichbar, Verfasser mußte sich mit der Fehr'schen Besprechung desselben begnügen.

Gegensatz zu der oben S. 7 dargestellten älteren Ansicht als vollständig anzusehen[1]); der Kriegsgefangene erlitt, wenigstens noch zur Zeit des Gaius, keine capitis deminutio maxima, die Sklaverei bei den Feinden war lediglich ein faktischer Zustand, dessenungeachtet — so muß man folgern — die staatsrechtliche Integrität des Bürgers aufrecht erhalten blieb. Desserteaux — und mit ihm Fehr — gehen also anscheinend, soweit es bei der sehr knappen Darstellung Fehrs zu erkennen möglich ist, noch weiter als Mitteis, der den Eintritt von der capitis deminutio ähnlichen Wirkungen und die sklavenähnliche Stellung des Kriegsgefangenen zugibt.

Mir scheint durch die bei Bechmann[2]) angeführten Quellenstellen der Beweis erbracht zu sein, daß der kriegsgefangene Römer auch vom Standpunkt des römischen Rechts aus als Sklave erschien und deswegen aus der Zahl der römischen Bürger ausschied[3]); darüber aber ist die ältere und die neuere Auffassung einig, daß der Kriegsgefangene sich nicht in einer justa servitus befunden hat.

§ 5. b) Bei Beendigung der Gefangenschaft (jus postliminii).

Wenn der römische Bürger aus der Kriegsgefangenschaft, durch die er nach der herrschenden Lehre Vernichtung seiner Rechtspersönlichkeit erlitten hatte, zurückkehrte, trat er kraft des eigenartigen Instituts des postliminium von selbst wieder in seine frühere rechtliche Stellung ein — wie S. 5 ausgeführt —; er war also wieder civis Romanus mit allen staatsbürgerlichen und privaten Rechten und Pflichten. Wie der Eintritt der Wirkungen zu erklären ist, ob durch Annahme der Fiktion, als sei der Zurückgekehrte niemals in die potestas der Feinde geraten — wie Karlowa[4]) auf Grund der l. 5 § 1 D. de captiv. (41,15), l. 16 eod. und § 5 I. quib. mod. ius. pot. 1,12 will — oder, unter Ablehnung dieser Fiktion, als natürliche Folge der Rückkehr aus dem tatsächlichen Gewaltverhältnis

[1]) Desserteaux, a. a. O. S. 125 f. (bzw. Fehr, a. a. O. S. 483).
[2]) Bes. S. 3 ff.
[3]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 2.
[4]) a. a. O. S. 117 Anm. 1.

der Gefangenschaft[1]), ist streitig. Jedenfalls ist die herrschende, ältere Auffassung die, daß für den captivus, an dessen Kriegsgefangenschaft sofortiger Rechtsverlust, allerdings mit Vorbehalt des späteren Neuerwerbs, geknüpft war, bei seiner Rückkehr nach Rom dieser Neuerwerb seiner Rechte sich von selbst vollzog[2]); der Kriegsgefangene, der durch seine Kriegsgefangenschaft die Civität verloren hatte, trat mit der Rückkehr ipso jure wieder in seine staatsrechtliche Stellung als civis Romanus ein.

Eigenartig war in dieser Beziehung die Stellung der vom Feinde losgekauften Kriegsgefangenen, der „ab hostibus redemti". Wenn nämlich der Kriegsgefangene commercio redemtus war, d. h. gegen einen Preis oder Hingabe eines sonstigen Vermögensobjektes — zum Unterschied vom Fall des Loskaufs pro pietatis ratione und des schenkungsweisen Erlasses der Redemtionssumme — losgekauft war, so blieb nach einer von Hase[3]) u. a. (Faber, Retes) vertretenen Ansicht „in den rechtlichen Verhältnissen des redemtus alles so bestehen, wie es während der Gefangenschaft bestanden hatte". Der redemtus würde also nach wie vor Sklave — nach der herrschenden Ansicht — gewesen sein und bis zur Zahlung des Lösegeldes auch die Staatsbürgerrechte nicht wiedererlangt haben. Diese Meinung ist jedoch völlig verdrängt durch die zuerst von Zimmern[4]) und in neuerer Zeit von Karlowa[5]) vertretene, derzufolge der redemtor bis zur Luition nur eine Art Pfandrecht an dem redemtus hatte, so daß dieser, wenigstens in staatsrechtlicher Hinsicht, wieder in seine vor der Gefangenschaft innegehabte Stellung eintrat.

II. Privatrechtliche Wirkungen.

§ 6. 1. Im allgemeinen.

Das über die publizistische Rechtspersönlichkeit Ausgeführte muß bei dem innigen Zusammenhang, in dem in Rom Bürger-

[1]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 10; Pernice, Labeo I, S. 375 f.; Voigt ius naturale II, S. 51 Anm. 24.

[2]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 13 f.; Pernice, a. a. O. S. 378; Karlowa, a. a. O. S. 119 f. u. a.; dagegen Mitteis, a. a. O. S. 131.

[3]) Hase, a. a. O. S. 163 f.

[4]) Zimmern, Gesch. d. röm. Privatr., I. § 196; cit. b. Karlowa, a. a. O. S. 126.

[5]) l. c.

recht und Privatrechtsfähigkeit nach ius civile standen, entsprechend bei der Privatrechtspersönlichkeit des Römers gelten.

Sie wurde durch die erlittene capitis deminutio maxima vernichtet (bzw. von der c. d. maxima ähnlichen Wirkungen getroffen), lebte aber bei Rückkehr jure postliminii wieder auf.

Hier ist nur die Frage eine ungleich schwierigere, wie der Zwischenzustand der vom Kriegsgefangenen in Rom zurückgelassenen Privatrechtsverhältnisse in der Zeit vom Augenblick der Gefangennahme bis zur Beendigung der Gefangenschaft durch Tod oder Rückkehr beschaffen gewesen ist. Die ältere — herrschende — Lehre nimmt an, daß ursprünglich die einzelnen Rechtsverhältnisse des captivus grundsätzlich als definitiv erloschen gegolten haben und daß infolgedessen durch das postliminium dem zurückgekehrten Kriegsgefangenen nur die Möglichkeit gewährt worden sei, neue Rechtsverhältnisse zu begründen[1]). Erst die allmähliche Entwickelung habe dahin geführt, daß die Rechtsverhältnisse, mit Ausnahme von Besitz und Ehe, in der Zwischenzeit ähnlich der hereditas iacens als in der Schwebe — in pendenti, suspenso oder incerto — befindlich angesehen wurden[2]); endlich habe die klassische Jurisprudenz in Anlehnung an die Fiktion der lex Cornelia (siehe § 16) bei Rückkehr des Kriegsgefangenen ganz allgemein fingiert, daß er niemals in die potestas hostium geraten sei, und sie habe ihn mit auf den Zeitpunkt der Gefangennahme rückwirkender Kraft in seine Rechtsverhältnisse wieder eintreten lassen[3]).

Demgegenüber betont die neuere, hauptsächlich Mitteis'sche Lehre[4]) unter Berufung auf die (Mitteis, S. 124 Anm. 11) angeführten Quellenstellen, daß an die Gefangenschaft nicht ein sofortiger Rechtsverlust mit Vorbehalt des späteren Neuerwerbs geknüpft gewesen sei, sondern daß gerade umgekehrt schon ursprünglich „bloße Rechtssuspension bestanden habe, welche erst nach völligem Ausschluß des postliminium, nur ohne Rückziehung, in definitiven Rechtsverlust übergegangen sei". Dem-

[1]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 5 und 13.
[2]) cf. z. B. Ihering, a. a. O. S. 418; Pernice, a. a. O. S. 377 Anm. 59.
[3]) cf. Hase, a. a. O. S. 68 f.; Bechmann, a. a. O. S. 10 f.
[4]) cf. Mitteis, a. a. O. S. 131.

nach ist der captivus, solange für ihn die Möglichkeit des postliminium bestand, Träger seines Eigentums, seiner väterlichen Gewalt usw.[1]) geblieben, wenn auch infolge seiner sklavenähnlichen Stellung jeder Gebrauch seiner Rechte ausgeschlossen war.

2. A. In bezug auf das *Personen- und Familienrecht.*

1. Wirkungen auf die patria potestas.

§ 7. α) Hinsichtlich der Stellung des kriegsgefangenen pater familias.

Bechmann[2]) nimmt an, daß die Gefangenschaft ursprünglich, wie sich aus den Quellen erkennen lasse[3]), die definitive Aufhebung der väterlichen Gewalt bewirkt habe, und daß sich die väterliche Gewalt — überhaupt alle Rechtsverhältnisse des captivus — durch postliminium ebenso gestaltet habe, wie es sich bei der Vormundschaft des späteren Rechts[4]) erhalten hat, nämlich dahin, daß ein Wiederaufleben, aber ohne rückwirkende Kraft[5]), stattgefunden habe. Der Standpunkt des klassischen Rechts aber war jedenfalls das „in suspenso esse" der patria potestas während der captivitas, so daß in dem aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehrenden Vater die patria potestas, und zwar mit rückwirkender Kraft, mit allen ihren Befugnissen wieder auflebte. Während der Dauer der Gefangenschaft konnte er natürlich keine einzige auf der patria potestas beruhende Rechtshandlung vornehmen, da sich das postliminium nur auf die rechtliche Stellung, die der reversus vor seinem Geraten in Kriegsgefangenschaft gehabt hatte, nicht auf das während der captivitas[6]) Vorgenommene bezog. Wenn dagegen der Vater in der Gefangenschaft starb, so konnte es zwar zweifelhaft sein[7]), ob der Sohn erst mit dem

---

[1]) cf. auch Sohm, a. a. O. S. 209.
[2]) a. a. O. S. 5.
[3]) Siehe Julian, l. 12 D. qui testam. fac. possunt (28,1) u. a.
[4]) cf. auch Hase, a. a. O. S. 94; Ihering, a. a. O. S. 430.
[5]) Bechmann, a. a. O. S. 43.
[6]) cf. Bechmann, a. a. O. S. 48.
[7]) cf. Gaius I, 129, l. 12 § 1 D. de captiv. (49,15).

in der Gefangenschaft erfolgten Tode des Vaters oder, rückwirkend, schon mit dem Augenblick der Gefangennahme gewaltfrei wurde. In der klassischen Jurisprudenz drang jedoch die letztere Ansicht durch[1]); hierzu mag neben der durch die fictio legis Corneliae (siehe § 16) hinsichtlich der Beerbung gegebenen Analogie auch die Schwierigkeit, den Zeitpunkt des Todes, ja überhaupt den Tod des captivus pater familias selbst zu beweisen, wesentlich beigetragen haben.

§ 8. β) Hinsichtlich der Stellung der in Rom zurückgebliebenen Hauskinder.

Bezüglich der Stellung der vom kriegsgefangenen pater familias in Rom zurückgelassenen Hauskinder kann man, da sich in der Zeit, wo noch die Möglichkeit des postliminium für den Gefangenen bestand, die väterliche Gewalt in der Schwebe befand, ganz allgemein sagen: es konnte mit Rücksicht darauf, daß man nicht wußte, ob sie sui juris oder filii familias waren, von ihnen in kein Rechtsverhältnis eingetreten und kein Rechtsgeschäft vorgenommen werden, welches zu seiner Gültigkeit voraussetzte, „daß die Rechtsstellung der Person, die das Rechtsgeschäft vornahm oder in das Rechtsverhältnis eintrat, objektiv völlig entschieden war“[2]). Deshalb konnte z. B. der zurückgebliebene minderjährige Haussohn nicht etwa unter Vormundschaft gestellt werden, da einen Vormund nur derjenige haben konnte, der entschieden[3]) sui juris war“. Ebensowenig konnte er ein Testament errichten, denn dieses setzte im Augenblicke seiner Errichtung völlige Gewißheit der testamenti factio voraus[4]). Die Antretung einer dem zurückgebliebenen Hauskinde deferierten Erbschaft war ebenfalls unmöglich, da die Wirkung des Antrittes infolge der unentschiedenen Rechtsstellung des Delaten[5]) in einen unzulässigen Schwebezustand geraten würde und außerdem

[1]) cf. Karlowa, a. a. O. S. 124.
[2]) Bechmann, a. a. O. S. 26.
[3]) l. c.
[4]) l. c.
[5]) Mitteis, a. a. O. S. 132.

der Sohn den Erbschaftsantritt nur jussu patris vornehmen konnte[1]).

Die bei weitem wichtigste Frage hinsichtlich der rechtlichen Stellung der vom kriegsgefangenen pater familias zurückgelassenen Hauskinder ist aber m. E. die, ob diese in der Zwischenzeit eine Ehe eingehen konnten, trotzdem der Vater als Kriegsgefangener nicht in der Lage war, die dazu notwendige Konsenserklärung abzugeben. Konsequenterweise müßte man dies wegen des mangelnden Konsenses verneinen oder doch wenigstens die Ehe bis zur Rückkehr des Vaters in schwebender Gültigkeit lassen; wenn der Vater in der Gefangenschaft starb, so war nach der in der ausgebildeten Lehre durchgeführten Rückziehung der Sohn von der Gefangennehmung an sui juris und die Ehe war dann ipso jure gültig.

Diese Pendenz war aber bei dem Charakter der römischen Ehe — als eines tatsächlich bestehenden Zustandes[2]) — nicht durchführbar. Deshalb gaben die Juristen mit Rücksicht auf die Tendenz der Kaiserzeit, die Ehe zu begünstigen, dem Hauskinde aus Opportunitätsgründen das Recht, eine Ehe einzugehen[3]), indem sie den Sohn in der Zwischenzeit als Hausvater behandelten; dementsprechend mußte auch das Hauskind die etwa bei der Eheschließung erforderlichen Dotalverträge in eigener Person abschließen können[4]). Doch stimmen die Quellen hinsichtlich der Frage, ob dem Sohn diese Möglichkeit der Eheschließung ganz unbeschränkt[5]) oder erst nach Ablauf einer dreijährigen Wartefrist zu geben sei[6]) nicht überein. Karlowa[7]) und Bruns[8]) nehmen die letztere Meinung an, indem sie bei dem Ausdruck „medio tempore“ der Stelle bei Tryphoninus (l. c.) die drei Jahre subintellegieren wollen. Bruns[9])

[1]) Bechmann, a. a. O. S. 30.

[2]) Mitteis, a. a. O. S. 131; Bechmann, a. a. O. S. 16.

[3]) Siehe Tryphoninus l. 12 § 3 D. de captiv. (49,15).

[4]) Ihering, a. a. O. S. 428.

[5]) Siehe Tryphoninus l. c.

[6]) Ulpian, l. 9 § 1 D. de ritu nuptiali (23, 2), Julian l. 11 D. eod.

[7]) a. a. O. S. 121, der in seiner längeren Ausführung darüber Ulpians Stelle für echt, die Julians für interpoliert hält.

[8]) Bruns, Jahrb. des gem. deutsch. Rechts 1, S. 99.

[9]) a. a. O. S. 98.

bemerkt übrigens noch, daß nach dem Ablauf dieser Frist die Eingehung der Ehe möglich war ohne Rücksicht darauf, ob etwa der gefangene Vater noch lebte und gleichgültig, ob man Nachricht von ihm hatte oder nicht. Julian (l. c.) sagt allerdings, das Hauskind könne schon vor dem Ablauf der dreijährigen Wartefrist heiraten, sofern nur der Vater keine begründeten Bedenken gegen die Wahl des Kindes geltend machen könnte, doch bedeutet die Stelle nach der Ansicht Iherings[1]) lediglich, daß das Kind nur dann vor Ablauf der drei Jahre heiraten könne, wenn der Vater seine Geneigtheit für eine derartige Verbindung bereits vor der Gefangennahme an den Tag gelegt hatte, so daß also seine spätere Mißbilligung nicht mehr zu befürchten war. Übrigens wollen Mitteis[2]) und Bechmann[3]) beide die dreijährige Wartefrist fordernden Stellen — sowohl Julian l. 11 cit. als auch Ulpian l. 9 § 1 cit. — als interpoliert ansehen; ich möchte mich unter Berufung auf Bechmanns Ausführungen hierüber[4]) ihrer Ansicht anschließen, daß dem Hauskind die Möglichkeit der Eingehung einer Ehe auch zeitlich unbeschränkt zugestanden habe.

§ 9. γ) Hinsichtlich der Stellung der kriegsgefangenen Hauskinder zu ihrem in civitate zurückgebliebenen pater familias.

Dieser Fall war im Gegensatz zu dem vorher besprochenen verhältnismäßig einfach, insofern als die patria potestas über den kriegsgefangenen Sohn während der Dauer der Gefangenschaft desselben in suspenso blieb. Etwaige eheliche Kinder des filius familias blieben während dieser Zeit in der patria potestas des Großvaters; unbestimmt blieb hierbei nur, ob das Verhältnis der Enkelkinder zum Großvater ein unmittelbares oder mittelbares war. Kehrte der Sohn aus der Gefangenschaft zurück, so trat er jure postliminii[5]) wieder in die väterliche

[1]) a. a. O. S. 428 Anm. 34.
[2]) a. a. O. S. 131.
[3]) a. a. O. S. 19.
[4]) a. a. O. S. 19.
[5]) Nach Puchta, der eine aktive und eine passive Richtung des postliminium konstruiert, war dies die passive Richtung des postliminium (a. a. O. S. 423)

Gewalt ein. War der Haussohn etwa von einem Dritten aus der Gefangenschaft losgekauft worden, dann fiel er — nach Karlowa[1]) — nicht eher in die väterliche Gewalt zurück, als bis die Redemtionssumme zurückerstattet war; ebenso war umgekehrt der Wiedereintritt des aus der Gefangenschaft zurückgekehrten redemtus pater familias in seine Stellung als Hausvater an die Rückerstattung des Lösegeldes geknüpft.

§ 10. 2. Wirkungen auf die Ehe des Kriegsgefangenen.

Eine der praktisch wichtigsten Fragen hinsichtlich der Wirkungen der Kriegsgefangenschaft war die, ob die Ehe des captivus während seiner Gefangenschaft fortbestand oder ob sie durch die captivitas aufgelöst wurde. Die Juristen haben sich einstimmig für das letztere entschieden; allerdings möchte ich mit Ihering[2]) annehmen, daß ursprünglich die Ehe fortbestanden und erst die Weiterentwicklung des Kriegsgefangenenrechts die Auflösung der Ehe statuiert hat; nach Ihering hat diese Rechtsentwicklung ihren Grund in dem Bestreben gehabt, das Los der von ihrem Ehemann zurückgelassenen Frau zu verbessern, die sich ursprünglich bei Wiederverheiratung während der Dauer der Gefangenschaft den Strafen der einseitigen Scheidung aussetzte.

Solange nun die Kriege Roms sich in Umfang und Dauer nicht zu sehr ausdehnten, wie dies in der älteren Zeit bei den kriegerischen Streifzügen in die Nachbarschaft gewöhnlich der Fall war, konnte man diese Stellung der Frau — und der Hauskinder, die sich ursprünglich auch nicht verheiraten durften, — noch einigermaßen erträglich finden. Als aber „die Kriege großen Stiles aufkamen, Kriege mit großen Massen, in weiter Entfernung von der Heimat, von langer Dauer“[3]) und hier Kriegsgefangenschaft beinahe gleichbedeutend mit Verschollenheit war, änderte nach Ihering das nur auf vorübergehende Kriegsgefangenschaft eingerichtete Recht mit seiner etwas einseitigen Bevorzugung des im Kriege befindlichen Familienvaters seine Tendenz und gewährte im besonderen der zurück-

[1]) a. a. O. S. 127.
[2]) a. a. O. S. 426.
[3]) Ihering, a. a. O. S. 427.

gelassenen Ehefrau eine günstigere Rechtsstellung, insofern als es ihre Ehe mit dem in Kriegsgefangenschaft Geratenen als aufgelöst behandelte. So die Annahme Iherings, der beizupflichten mir mit dem Bemerken erlaubt sei, daß diese Änderung in der Auffassung des römischen Rechts schon verhältnismäßig früh eingetreten sein muß, spätestens mit dem Beginn der kriegerischen Unternehmungen außerhalb des italischen Bodens; vielleicht zur Zeit der punischen Kriege?

Daß die Ehe als aufgelöst behandelt worden ist, steht nach den Quellen[1]) — sogar auch für den Fall, daß sich die Frau dagegen sträubte[2]) — unstreitig fest. Dagegen herrscht in der Literatur Streit darüber, wie diese Auffassung, abgesehen von der historischen Erklärung, die m. W. nur Ihering gibt, rechtlich zu begründen sei. Karlowa[3]) als einer der Vertreter der — älteren — Lehre, daß der Kriegsgefangene Sklave wurde, meint, daß die Ehe als ein „objektive Festigkeit und Gewißheit erheischendes Verhältnis“ den Schwebezustand nicht vertrage und deshalb aufgelöst sei, weil mit einem „Sklaven“ kein connubium bestehen könne. Bechmann[4]) argumentiert damit, daß die Fortdauer der Ehe „auf dem im häuslichen Zusammenleben sich tatsächlich manifestierenden fortdauernden Konsense der Ehegatten“ beruhe, dessen Wegfall daher auch sofort die Ehe aufhebe; durch die Kriegsgefangenschaft sei aber die Fortdauer des Konsenses unmöglich geworden, daher die Ehe aufgelöst. Nach Mitteis' Ansicht[5]) beruht die Auflösung der Ehe mit einem Kriegsgefangenen darauf, daß die römische Ehe ihrem Wesen nach eine verwirklichte Lebensgemeinschaft war, und daß, wo diese Wirklichkeit aufhörte, auch die Ehe entfiel. Mitteis beruft sich zum Beweise der Richtigkeit seiner Ansicht auf die analoge Behandlung der Soldatenehen, welche gleichfalls mit Beginn des Legionsdienstes in Nichtehen verwandelt worden seien. Diese Meinung

[1]) l. 14 § 1 D. de captiv. (49,15) l. 1 D. de divort. (24, 2) l. 8 D. de captiv. (49,15).

[2]) l. 12 § 4 D. de captiv. (49,15).

[3]) a. a. O. S. 120.

[4]) a. a. O. S. 44.

[5]) a. a. O. S. 131 Anm. 19.

scheint mir am meisten annehmbar zu sein, auch Karlowas Ansicht hat — allerdings nur beim Festhalten an der alten Lehre, daß Kriegsgefangenschaft auch rechtlich Sklaverei bedeutet — viel für sich; dagegen erscheint mir die Beweisführung Bechmanns, besonders in Anbetracht des Operierens mit dem Begriff des fortdauernden Konsenses zu konstruiert.

Da nun die Ehe der Frau auf Grund der Kriegsgefangenschaft des Mannes gelöst war, so konnte sie auch die Dotalklage anstrengen, vorausgesetzt, daß ein passiv Legitimierter vorhanden war; es galten ferner die von der Frau in der Zwischenzeit geborenen Kinder, soweit sie nicht vor der Gefangennahme konzipiert waren, als uneheliche; sie selbst konnte zu einer neuen Ehe schreiten, ohne den früheren Strafen der Ehescheidung ausgesetzt zu sein[1]). Nach Julian[2]) sollte allerdings die zurückgebliebene Gattin so lange keine neue Ehe eingehen dürfen, als der Mann in der Gefangenschaft erweislich lebte, sonst wurde sie als an der Auflösung der Ehe schuldig angesehen. War es ungewiß, ob der Mann noch lebte, so sollte sie nach Julian l. c. erst nach Ablauf von fünf Jahren[3]) von der Gefangennahme des Ehemannes an wieder heiraten dürfen.

Die erwähnte Julianstelle wird fast allgemein[4]) — außer von Ihering[5]) — für interpoliert gehalten, so daß demnach das klassische Recht, indem es noch keinen Unterschied zwischen Gewißheit und Ungewißheit über das Leben des Kriegsgefangenen machte, die Ehe als sofort und definitiv aufgelöst ansah. Nach Paulus[6]) sollte allerdings die zurückgebliebene Frau, welche noch nicht wieder geheiratet hatte, mit dem aus der Gefangenschaft Zurückgekehrten die Ehe wieder eingehen und, wenn

[1]) Eine Ausnahme bildete die Ehe einer liberta mit dem in Kriegsgefangenschaft geratenen patronus; diese dauerte nach Julians Annahme auch in captivitate fort, und zwar „propter patroni reverentiam", l. 45 § 6 de ritu nupt. D. (23,21).

[2]) l. 6 D. de divort. (24,2).

[3]) Bruns, a. a. O. 100, behauptet im Hinblick auf l. 8 D. de captiv. (49,15), daß diese fünfjährige Frist mit der lex Julia et Papia Poppaea im Zusammenhang gestanden habe; vgl. auch Karlowa, a. a. O. S. 121.

[4]) cf. Karlowa, a. a. O. S. 120 Anm. 2; Bechmann, a. a. O. S. 46; Mitteis, a. a. O. S. 132 Anm. 20 u. a.

[5]) a. a. O. S. 429.

[6]) l. 8 D. de captiv. (49,15).

sie sich ohne genügenden Grund weigerte, den Strafen grundloser Scheidung verfallen[1]). Im justinianischen Recht ist der Inhalt der für interpoliert gehaltenen Julianstelle Gegenstand ausdrücklicher Gesetzgebung geworden[2]).

Wenn der aus der Gefangenschaft Rückkehrende sich mit seiner früheren Ehefrau wieder vereinigte, so war dies eine neue Ehe, nicht eine Fortsetzung der ersten. Hatte etwa der captivus in Feindesland eine neue Ehe geschlossen, oder war ihm seine Ehefrau dorthin gefolgt, so lag nach römischem Recht keine gültige Ehe vor; sie war dem Einfluß des postliminium entzogen nach dem schon mehrfach erwähnten allgemeinen Grundsatz, daß keine der vom captivus während seiner Gefangenschaft vorgenommenen Rechtshandlungen nachträglich jure postliminii gültig werden konnten. Deshalb hatten die in solcher Ehe erzeugten Kinder nicht die Eigenschaft von ehelichen, sie waren nach römischem Recht nicht in der patria potestas des Vaters[3]); dies wurde allerdings in der Kaiserzeit zu Gunsten der Kinder von in Gefangenschaft gewesenen Ehegatten durch Reskript von Severus und Antoninus[4]) ins Gegenteil abgeändert, wenn das Kind mit einem oder beiden Elternteilen zurückkehrte[5]).

§ 11. 3. Wirkungen auf die Vormundschaft.

Die Wirkung der Kriegsgefangenschaft des Vormundes auf das vormundschaftliche Verhältnis zu seinem Mündel unterschied sich sowohl von der auf die patria potestas als auch von der auf die Ehe des Kriegsgefangenen. Während die patria potestas des Kriegsgefangenen während der captivitas in der Schwebe blieb und dieser bei seiner Rückkehr jure postliminii mit rückwirkender Kraft wieder in sie eintrat, die Ehe des Kriegsgefangenen hingegen im klassischen Recht mit der Gefangennahme als aufgelöst galt, nimmt das von der Kriegsgefangenschaft des

[1]) Mitteis, a. a. O. S. 132 Anm. 20, hält auch diese Stelle für interpoliert.

[2]) Siehe nov. 22 c. 7.

[3]) cf. Mitteis, a. a. O. S. 129 Anm. 12.

[4]) l. 1 C. 8,50; Ulpian, l. 9. D. de captiv. (49,15).

[5]) Bechmann macht hierbei einen Unterschied, ob der betr. Elternteil der Vater oder die Mutter war (a. a. O. S. 49).

Vormundes betroffene vormundschaftliche Verhältnis in dieser Beziehung eine Art Mittelstellung ein. Die Vormundschaft wurde durch die capitivitas beendet, so daß es also keine Pendenz in eigentlichem Sinne gab[1]); es bestand aber doch postliminium insofern[2]), als bei Rückkehr des Vormundes der alte Berufungsgrund wieder in Wirksamkeit trat, der Vormund also in seine frühere Stellung mit allen Rechten und Pflichten, aber ohne rückwirkende Kraft[3]), wieder eintrat. Da nun während der Dauer der Gefangenschaft des Vormundes das Mündel ursprünglich jeder Vertretung beraubt war[4]), sein Interesse es aber dringend erforderte, daß für die actio tutelae aus der früheren Verwaltung des Vormundes eine passiv legitimierte Person vorhanden war, so mußte ein Vertreter bestellt werden; andererseits konnten aber auch unabhängig davon etwaige Bürgen des kriegsgefangenen Vormundes, „qui rem salvam fore spoponderint" bereits belangt werden, da die alte Vormundschaft als beendet angesehen wurde[5]). Geriet umgekehrt das Mündel in Kriegsgefangenschaft, so war damit die Vormundschaft ebenfalls beendet; der bisherige Vormund konnte, wenn er wollte, die Angelegenheiten des Pupillen im Wege der negotiorum gestio besorgen. Kehrte das Mündel noch im Alter der Unmündigkeit zurück, so lebte die Vormundschaft, entsprechend dem ersten Fall, ohne rückwirkende Kraft wieder auf.

2. B. In bezug auf das *Vermögensrecht* und zwar a) das Sachenrecht.

§ 12. 1. Wirkungen der Kriegsgefangenschaft auf den Besitz des Kriegsgefangenen.

Es herrscht in den Quellen völlige Einigkeit darüber, daß der Besitz des in Kriegsgefangenschaft Geratenen durch die

[1]) Bechmann, a. a. O. S. 43.
[2]) cf. Papinian, l. 8 D. de tutelae (27,3).
[3]) Mitteis, a. a. O. S. 132.
[4]) Ihering, a. a. O. S. 426; — Bechmann, a. a. O. S. 81 Anm. 2, will das nicht gelten lassen, da in jedem Falle ein Interimsvormund gegeben werden könne.
[5]) l. 9 § 1. 10 D. de tut., l. 4 § 5 D. rem. pup. salv. (46,6); Ihering, a. a. O. S. 430 Anm. 46; Karlowa, a. a. O. S. 122.

Captivität desselben erlischt, denn es war mit der faktischen Natur des Besitzes nicht vereinbar, daß er nach dem Wegfall des Subjekts noch fortdauerte[1]). Kehrte der Kriegsgefangene zurück, so war nur Erneuerung — vielleicht aber ohne neue Appresension[2]) —, nicht Fortsetzung des Besitzes möglich. Dagegen war Besitzerwerb peculiari nomine bei Gefangenschaft des Hausvaters möglich, denn da dieser Besitzerwerb in der Zwischenzeit entweder — bei Rückkehr des Gewalthabers — ununterbrochen peculium gewesen oder — bei durch den Tod ausgeschlossenem postliminium des Gewalthabers — Erwerb des zurückgebliebenen homo sui juris war, so blieb nicht „das Faktum des Besitzes, sondern nur die subjektive Beziehung desselben“[3]) in der Schwebe. Sollte dagegen der Besitzerwerb nicht für das peculium erfolgen, dann war Auftrag des Gewalthabers erforderlich[4]); diesen konnte der pater familias während der Gefangenschaft nicht mit rechtlicher Wirksamkeit erteilen.

§ 13. 2. Wirkungen auf das Eigentum des Kriegsgefangenen.

α) An den in Rom zurückgelassenen Sachen.

Was das Verhältnis des Kriegsgefangenen zu seinem in der Heimat zurückgelassenen Vermögen anbelangt, so war die wichtigste Frage die nach der Gestaltung seines Eigentums. Es blieb im klassischen Recht nach dem allgemeinen Grundsatz während der Dauer der Gefangenschaft in der Schwebe; deshalb waren die Sachen des in der Gefangenschaft Weilenden nicht etwa herrenlose, die als res nullius okkupiert werden konnten. Allerdings wird man annehmen müssen, daß ursprünglich jedermann an dem Hab und Gut des Kriegsgefangenen durch Okkupation Eigentum erwerben konnte[5]), aber gewissermaßen nur vorläufiges, denn bei Rückkehr des Gefangenen lebte dessen früheres Eigentum wieder auf. Im

[1]) l. 19 D. ex. quib. caus. (4,6) l. 23 de o. et a. p. (41,2) l. 12 § 2 D. de captiv. (49,15).

[2]) Bechmann, a. a. O. S. 54.

[3]) Bechmann, a. a. O. S. 31.

[4]) a. a. O. S. 32.

[5]) Bechmann, a. a. O. S. 54.

klassischen Recht dagegen war es, da die lex Cornelia (s. § 17) eine Beerbung des captivus ermöglicht hatte, objektiv gewiß, daß die Sachen des Kriegsgefangenen einen Eigentümer hatten, nur die Person desselben war ungewiß und hing von dem Ausgang der Gefangenschaft ab[1]): es war rückwirkend der Kriegsgefangene Eigentümer, wenn er jure postliminii zurückkehrte, verstarb er dagegen in der Gefangenschaft, dann galten vor der lex Cornelia allerdings seine Sachen als herrenlos, da der captivus nicht beerbt werden konnte, nach ihr aber war der suus heres bzw. die hereditas iacens Eigentümer. Dies entschied sich jedoch, wie schon gesagt, erst mit dem Ausgang der Gefangenschaft; in der Zwischenzeit trat Pendenz ein[2]). Hieraus ergibt sich, daß medio tempore nur diejenigen Wirkungen des Eigentums eintreten konnten, die — wie z. B. Accessionen oder der vom jussus des Herrn unabhängige Sklavenerwerb[3]) — eines Mitwirkens des Eigentümers nicht bedurften, so daß z. B. Veräußerung oder Neuerwerb von Eigentum in der Zwischenzeit mangels einer dazu befugten Person unmöglich war[4]).

Ursprünglich war, wie schon erwähnt, das Vermögen des Kriegsgefangenen, da dessen Gegenstände okkupiert werden konnten, völlig schutzlos den Aneignungsgelüsten anderer preisgegeben, aber auch als man die Okkupationsmöglichkeit wegen des etwaigen postliminium des captivus nicht mehr anerkannte, war doch demjenigen, der sich — jetzt als Dieb — Sachen des Kriegsgefangenen aneignete, gewissermaßen ein Freibrief dazu ausgestellt, denn es war niemand da, der ihn mit der actio furti belangen konnte. Hier griff eine lex Hostilia ein[5]), deren Alter nicht mit Sicherheit feststeht, die aber schon früh, vermutlich 545 oder 547 a. u. c.[6]) in Geltung

---

[1]) Bechmann, a. a. O. S. 56.

[2]) Ihering bezeichnet (a. a. O. S. 406 ff.) den Zustand, in dem sich die Sachen des Kriegsgefangenen in der Zwischenzeit befanden, als den „objektiver Gebundenheit".

[3]) Ihering, a. a. O. S. 425.

[4]) Bechmann, a. a. O. S. 59.

[5]) pr. J. de his per quos agere 4,10.

[6]) cf. Voigt, Rechtgesch. I, S. 282 Anm. 14.

war. Sie gab bei furtum eine Popularklage[1]) im Namen des in der Kriegsgefangenschaft Weilenden (bzw. im Namen des Mündels des kriegsgefangenen tutor). Mit dieser Eigenschaft als Popularklage hängt es wohl zusammen, daß Sabinus[2]) dem Kriegsgefangenen die actio furti bei seiner Rückkehr anscheinend nicht geben will[3]). Bechmann[4]) scheint überhaupt die Echtheit der lex Hostilia bezweifeln zu wollen, doch sind seine Argumente m. E. nicht stark genug, die herrschende Meinung[5]) in dieser Beziehung zu widerlegen.

Die lex Hostilia war wohl der erste Ausdruck der Auffassung, daß man sich des Vermögens des in der Kriegsgefangenschaft Weilenden annehmen und ihm dieses für den Fall seiner Rückkehr erhalten müsse. Es lag in der Popularklage der lex Hostilia, wie Ihering[6]) meint, der durchaus römische Gedanke, dem populus „eine Art vormundschaftlicher Fürsorge für den Gefangenen" anzuvertrauen; sie sei gewissermaßen ein unvollkommener Vorläufer der späteren cura bonorum gewesen. Seitdem es dieses prätorische Institut gab, wurde die Sorge für das Vermögen des captivus einem curator übertragen, der wie Bruns[7]) meint, auf Antrag der Verwandten oder Gläubiger des captivus gegeben wurde[8]) und womöglich aus den Verwandten genommen werden sollte[9]). Die cura war eine gewöhnliche cura dativa, aber nur eine cura bonorum[10]) ähnlich der cura absentis[11]). Der curator war zur Führung der zur Er-

---

[1]) Puchta, Kursus der Instit. II § 156 S. 45 und Hase, a. a. O. S. 104, sprechen von „Stellvertretern" des Kriegsgefangenen bei dieser Klage, was ich mit Ihering, a. a. O. S. 403, Anm. 48 bei der ausdrücklichen Betonung des Momentes der Popularklage nicht für angängig erachte.

[2]) l. 41 pr. de furt (47,2) bei Ihering, a. a. O. S. 431 Anm. 51, citiert l. 42 eod, — wohl ein Druckfehler. —

[3]) cf. Pernice, a. a. O. S. 378 Anm. 62; Ihering, a. a. O. S. 431 Anm. 51.

[4]) a. a. O. S. 68.

[5]) Pernice, l. c., Mitteis, a. a. O. S. 132 Anm. 27 u. a.

[6]) a. a. O. S. 431.

[7]) a. a. O. S. 95.

[8]) l. 15 ex quib. caus. majores (4,6) l. 6 § 2 quib. ex. caus. in person. (42,4).

[9]) l. 1 § 23 de ventre in poss. mitt. (37,9).

[10]) l. 1 § 4 de muneribus (50,4).

[11]) l. 22 § 1 de rebus auct. jud. (42,5).

haltung[1]) des Vermögens erforderlichen Prozesse aktiv und passiv legitimiert. Diese Möglichkeit einer Prozeßführung durch den curator blieb unbestritten bei vererblichen Rechten und Pflichten, denn diese standen jedenfalls objektiv fest, es war nur ihre subjektive Beziehung in der Schwebe[2]) d. h. die Frage, ob dem Kriegsgefangenen zustehend oder dessen Erben — hierbei wird an die Zeit nach der lex Cornelia gedacht —. Demnach ist beispielsweise, was hier besonders wichtig war, die Anstellung der rei vindicatio durch den curator bonorum zulässig gewesen[3]), selbstverständlich aber erst von der Zeit des Formularprozesses an[4]). Für die Zeit der legisactionen bot die schon erwähnte Popularklage der lex Hostilia — aber nur bei furtum — die Handhabe zur Sicherung des Eigentum des Kriegsgefangenen; im übrigen dürfen wir wohl mit Mitteis[5]) die Vermutung aussprechen, daß der Prätor die in dem Grundsatze: memo alieno nomine agere potest liegenden Schwierigkeiten des Rechtsschutzes durch sein schon damals[6]) zulässiges Eingreifen beseitigt hat. Ebenso wurde auch schon verhältnismäßig früh vom praetor im Wege der in integrum restitutio (propter absentiam) Schutz gegen die während der captivitas von einem Dritten vorgenommene Ersitzung gewährt.

§ 14. β) An den mit dem Kriegsgefangenen in Feindeshand gefallenen Sachen.

Wenn ein Römer in Kriegsgefangenschaft geriet, so fielen oft gleichzeitig mit seiner Person gewisse Sachen — es werden dies gewöhnlich außer Sklaven des Römers, die ebenso wie ihre Herren Kriegsgefangene wurden, Waffen, Kleidungsstücke, Pferde, Geld usw. gewesen sein — in die Hände der Feinde.

---

[1]) „custodia", nicht Verwaltung „administratio" (siehe Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandekten, III S. 179 Anm. 7).

[2]) Die intentio der Klagformel mußte entsprechend vom prätor präpariert werden (siehe Karlowa, a. a. O. S. 123). Mitteis spricht (a. a. O. S. 133 Anm. 29) die Vermutung aus, daß die Gefangenschaft, wenn es feststand, daß der Gefangene noch lebte, einfach hinweg fingiert wurde.

[3]) l. 15 pr. D. ex quib. caus. (4,6).

[4]) Bechmann, a. a. O. S. 60 Anm. 1.

[5]) a. a. O. S. 132 Anm. 27.

[6]) Mitteis, a. a. O. S. 132.

An dieser Beute erwarben die Gefangennehmenden durch occupatio bellica regelrechtes Eigentum. Gelang es aber dem Römer unter Mitnahme aller oder einiger der früher ihm gehörigen Sachen aus der Gefangenschaft zu entfliehen und in die Heimat zurückzukehren, so lebte jure postliminii rerum das an die Feinde verloren gegangene Eigentum an den des postliminium fähigen Sachen[1]) wieder auf. An seinen Waffen und Kleidungsstücken erlangte der Römer aber nicht das Eigentum zurück, denn diese waren, weil sie nach römischer Auffassung „non sine flagitio, turpiter amittuntur“[2]) dem postliminium rerum entzogen[3]). Es sollte dieses nur stattfinden zugunsten des sich tapfer schlagenden Römers, der — dies ist wohl der altrömische Grundgedanke der Ausnahmebestimmung — sich von seinen Waffen nicht trennen und lieber in sein eigenes Schwert stürzen soll, als seine Waffen in Feindeshand fallen zu lassen. Der in Kriegsgefangenschaft geratene Sklave konnte nach dem jus postliminii rerum, das sich auf ihn als Eigentumsobjekt bezog, auch wieder postliminio zurückkehren, und zwar unter den gleichen Voraussetzungen wie sein Herr. Allerdings nahm man bei dem als Sache zu betrachtenden Sklaven nicht das Erfordernis des animus (der mens) remanendi an[4]), d. h. die Absicht, die Feinde zu verlassen und bei den Seinigen zu verbleiben. Die Wirkung der Rückkehr des Sklaven aus der Gefangenschaft bestand darin, daß er wieder in die dominica potestas seines Herrn zurückfiel, selbst wenn er etwa beim Feind manumittiert worden war[5]). War der Herr bei Rückkehr des Sklaven selbst noch in Kriegsgefangenschaft, dann blieb sein Eigentum an dem Sklaven in der Schwebe bzw. der Sklave gehörte zur Erbschaft.

Entsprechendes wie beim Eigentum gilt auch für die dinglichen Rechte an fremder Sache.

---

[1]) Geld zählt hierher natürlich nicht.

[2]) l. 2 § 2 D. de captiv. (49,15).

[3]) Merkwürdigerweise rechnet von Kirchenheim in von Holtzendorffs Handb. IV S. 827 auch das „Heergeräte“ unter die des postliminium fähigen Sachen.

[4]) anders Pernice, Labeo I S. 377.

[5]) l. 6 D. de captiv. (49,15); Bechmann, a. a. O. S. 50; Karlowa, a. a. O. S. 125.

§ 15. 2. B. b) Das Obligationenrecht.

Die von dem in Kriegsgefangenschaft Geratenen vor seiner Gefangennahme begründeten obligatorischen Rechte und Pflichten gingen durch die Gefangenschaft des obligatorisch Berechtigten bzw. Verpflichteten nicht unter, sie waren vielmehr ebenfalls in der Schwebe[1]). Während der Gefangenschaft konnte der captivus selbst keine Obligationen begründen, auch konnte er weder klagen noch verklagt werden; dagegen konnten, wenn für die Schuld des captivus Bürgschaft geleistet oder bestellt worden war, die Bürgen oder Pfänder in Anspruch genommen werden[2]), denn die Obligation war nicht untergegangen, vielmehr stand das Fortbestehen derselben objektiv fest; in der Schwebe befand sich auch hier wieder nur, ob das Rechtssubjekt der Obligation der postliminio zurückgekehrte captivus oder — bei seinem Tode in der Gefangenschaft — der suus heres bzw. die hereditas iacens sein würde; für die Zeit vor der lex Cornelia wird man allerdings bei Tod des captivus Untergang der Obligation annehmen müssen[3]). Aus diesem Grunde konnten die Gläubiger des captivus, auch wenn sie anderweit gesichert waren, von der Zeit des Formularprozesses an einen freiwilligen Defensor belangen oder Bestellung eines curator bonorum beantragen, um gegen ihn die Klage anhängig zu machen[4]). Andererseits konnte wieder der curator die Forderungsrechte des captivus einklagen. Diese Möglichkeit aktiver und passiver Prozeßführung durch den curator war, wie schon (S. 25) erwähnt, unbestritten nur bei vererblichen Ansprüchen, die aber doch die Regel bildeten. Zweifelhaft war sie bei unvererblichen höchstpersönlichen Rechten und Pflichten des Kriegsgefangenen, zumal hier Papinian die Klagmöglichkeit während der Schwebezeit leugnet[5]); doch möchte ich auch hier diese Möglichkeit mit Bechmann und Karlowa[6]) annehmen, auf deren Begründung, insbesondere die

[1]) Bechmann, a. a. O. S. 61; Karlowa, a. a. O. S. 123.
[2]) Ulpian, l. 4 § 5 D. rem pupilli (6,6).
[3]) Karlowa, a. a. O. S. 122.
[4]) l. 7 1 D. de tut. et rat. distrah. (27,3).
[5]) l. 5 pr. D. ut legat. (36,3).
[6]) Bechmann, a. a. O. S. 64 f.; Karlowa, a. a. O. S. 122 Anm. 3; ebenso Mitteis, a. a. O. S. 133 Anm. 30.

Bechmanns, hingewiesen sei. Eine Neubegründung von Obligationen während der captivitas konnte in beschränkter Weise durch Erwerb von Forderungen, besonders durch Stipulationen, seitens der Hauskinder und Sklaven stattfinden[1]); ferner brachten gewisse gegen das Vermögen des captivus begangene Delikte, z. B. Sachbeschädigung, Forderungsrechte für diesen zur Entstehung[2]). Verpflichtet werden konnte der captivus während der Gefangenschaft besonders durch Noxalobligationen. Sehr häufig wird die Begründung einer Verbindlichkeit für den später jure postliminii zurückkehrenden Kriegsgefangenen quasi ex contractu durch negotiorum gestio vorgekommen sein. Daß die negotiorum gestio hier möglich war, möchte ich mit Bechmann[3]) deshalb annehmen, weil trotz der Kriegsgefangenschaft des dominus negotii die fremden Geschäfte, auf die sich die negotiorum gestio richten mußte — Richtung auf eine bestimmte Person war nicht erforderlich — objektiv vorhanden gewesen sind, und weil die in der Schwebe befindliche Frage, ob Geschäfte des captivus oder des suus heres bzw. der hereditas iacens vorlagen, für die negotiorum gestio irrelevant war[4]).

2. C. In bezug auf das *Erbrecht.*

§ 16. a) Bei Kriegsgefangenschaft des Erblassers.

Starb der Kriegsgefangene während der captivitas, so war eine Beerbung desselben unmöglich, denn er war — nach der älteren Lehre — nicht als römischer Bürger, sondern als Sklave gestorben[5]); aber auch wenn man der neueren Auffassung folgt, kommt man zu dem Ergebnis, daß beim Tode des captivus infolge des von ihm wegen seiner sklavenähnlichen

---

[1]) l. 11, l. 73 § 1 D. de V. O. (45,1), l. 25 D. de stipul. serv. (45,3).

[2]) Bechmann, a. a. O. S. 67, l. 43 D. ad leg. Aquil. (9,2), sein Quellenzitat (l. 93 cit.) ist verdruckt.

[3]) a. a. O. S. 69.

[4]) Ulpian, l. 19 (20) D. de negot. gest. (3,5); Paulus, l. 18 (19) D. eod.; Bechmann, a. a. O. S. 70; — Pernice, a. a. O. S. 378, ist besonders wegen l. 18 (19) § 5 D. de negot. gest. (3,5) wesentlich anderer Ansicht.

[5]) Bechmann, a. a. O. S. 84; Karlowa, a. a. O. S. 124.

Stellung erlittenen Rechtsverlustes „keine zu beerbende Person“ gestorben ist[1]). Demnach mußte sein in Rom zurückgelassenes Vermögen herrenlos werden, gewiß ein für die Hinterbliebenen und für ihn selbst sehr hartes Los. Es wurde höchstens dadurch etwas gemildert, daß die Erben im Wege der Singularusucapion — usucapio pro herede war mangels einer hereditas nicht möglich — die einzelnen Stücke des zurückgelassenen Vermögens ersitzen und auf diese Weise — da die usucapio der ältesten Zeit keinen titulus erforderte — an den Sachen des in der Gefangenschaft verstorbenen Angehörigen Eigentum nach jus civile erwerben konnten. Für die spätere Zeit kann man wohl annehmen[2]), daß der Prätor die Hinterbliebenen, welche unter regulären Verhältnissen Erben geworden wären, geschützt hat[3]); genaueres wissen wir nicht darüber. Diesem Übelstand half die lex Cornelia ab, deren Alter und Urheber nicht feststeht; die herrschende Meinung[4]) bezeichnet Sulla als ihren Verfasser. Dieses Gesetz bestimmte, daß der in Kriegsgefangenschaft Verstorbene als „in civitate“ gestorben anzusehen und deshalb seine Beerbung statthaft sei[5]); eine zweite Version, der sich anscheinend Bechmann und Karlowa[6]) anschließen, geht dahin, daß der captivus als nicht „in potestatem hostium“ gelangt zu betrachten gewesen[7]); beide Fassungen kommen auf den gleichen Sinn hinaus. Dagegen ist die Fiktion, der captivus sei als schon im Augenblick der Gefangennahme gestorben anzusehen, wie Bechmann[8]) nachgewiesen hat, nicht durch die lex Cornelia angeordnet worden, sondern sie beruhte auf der Auslegung durch die spätere Rechtswissen-

[1]) Mitteis, a. a. O. S. 133; Sohm, a. a. O. S. 209.

[2]) Mitteis, a. a. O. S. 133 Anm. 33.

[3]) a. a. O. S. 133.

[4]) Hase, a. a. O. S. 192 ff.; Karlowa, a. a. O. S. 124; Mitteis, a. a. O. S. 133 u. a.

[5]) Paulus, l. 1 § 1 D. ad leg. Falcid. (35,2), l. 41 § 1 D. bon. libert. (38,2); Ulpian, l. 1 pr. D. de suis et legitim. hered. (38,16); Mitteis, a. a. O. S. 133.

[6]) Bechmann, a. a. O. S. 88; Karlowa, a. a. a. O. S. 124.

[7]) Julian, l. 12 D. qui test. fac. poss. (28,1), l. 22 pr. D. de captiv. (49,15); weitere Quellenstellen siehe bei Karlowa, a. a. O. S. 124 Anm. 2.

[8]) a. a. O. S. 85 f.

schaft[1]). Die lex Cornelia hat im Gegenteil durch ihre Bestimmung, der Gefangene sei als in civitate gestorben — bzw. als nicht in potestatem hostium gelangt — anzusehen, die Freiheit des in der Gefangenschaft Gestorbenen bis zu seinem Tode fiktiv verlängert[2]).

Nach den Bestimmungen der lex Cornelia konnte der im Testament des kriegsgefangenen Erblassers benannte Erbe die Erbschaft des captivus antreten, vorausgesetzt, daß das Testament noch vor der Gefangennahme abgefaßt war. Während der Gefangenschaft vom captivus getroffene letztwillige Verfügungen mußten nach dem allgemeinen Grundsatz wegen Fehlens der testamenti factio nichtig sein[3]). Hiervon wurde erst in der Kaiserzeit eine Ausnahme zugelassen[4]). Es sollte das während der Gefangenschaft errichtete Kodizill, welches in einem in civitate errichteten Testament im voraus konfirmiert war, „humanitatis ratione“ Gültigkeit haben[5]). War der Kriegsgefangene ohne Zurücklassung eines in der Heimat abgefaßten Testaments gestorben, so konnte er nach der lex Cornelia ab intestato beerbt werden[6]). Der Erbfall mußte nach den Ausführungen

---

[1]) Ebenso Mitteis, a. a. O. S. 134; Pernice, S. 378 Anm. 60; Buhl, Salv. Julian, S. 257; anderer Ansicht Hase, a. a. O. S. 192.

Auf den Grund zu dieser Konstruktion der Rückziehung näher einzugehen, würde zu weit führen.

Die an der Cornelischen Fiktion entwickelte Rückziehung wurde später, wie bei den einschlägigen Stellen im Text ausgeführt, auf alle Rechtsverhältnisse des captivus angewendet (siehe l. 18 D. captiv. [49,15]).

[2]) Mitteis, a. a. O. S. 134 Anm. 35.

[3]) l. 10 D. de test. mil. (29,1), l. 1 pr. D. de legat. 32.

[4]) l. 12 § 5 D. de captiv. 49,15; Karlowa, a. a. O. S. 123; Bechmann, a. a. O. S. 73.

[5]) Marcian vertritt die entgegengesetzte strengere Ansicht (l. 7 pr. D. de jure codic. 29,7); cf. Bechmann, a. a. O. S. 73 Anm. 2. Später erklärte sogar eine Novelle Leos im Widerspruch zum klassischen Recht das während der Gefangenschaft errichtete Testament für gültig, ein Zeichen für die das spätere Kriegsgefangenenrecht beherrschende Tendenz, die Lage der captivi immer günstiger zu gestalten.

[6]) Nach Buhl, Salv. Jul. S. 255 f. soll die lex Cornelia nur die testamentarische Erbfolge geregelt haben und die Geltung ihrer Bestimmung auch für die Intestaterbfolge erst durch die Jurisprudenz anerkannt worden sein. Dagegen m. E. mit Recht Karlowa, a. a. O. S. 124 Anm. 3, Mitteis, a. a. O. S. 134 Anm. 36.

Bruns[1]) bewiesen werden, was in der Regel ziemlich schwierig gewesen sein mag; doch wird (nach Bruns) in zweifelhaften Fällen schon das Vorhandensein von Umständen, die den Tod des captivus wenigstens vermuten lassen, zum Beweis des Erbfalls genügt haben, außerdem war seit der in der klassischen Jurisprudenz herrschenden Rückziehung des Todes des captivus auf den Augenblick der Gefangennahme nur der Todesfall, nicht mehr der Zeitpunkt des Todes zu beweisen.

§ 17. b) Bei Kriegsgefangenschaft des Erben.

Zunächst ist hier die Frage zu prüfen, ob ein Kriegsgefangener überhaupt zum Erben eingesetzt werden konnte. Ich möchte mit Bechmann[2]) trotz der entgegenlautenden Gaiusstelle[3]) für die klassische Zeit annehmen, daß die Erbeseinsetzung eines Kriegsgefangenen nichtig war und auch nicht durch postliminium konvaleszierte[4]). Ebensowenig konnte nach klassischem Recht der Kriegsgefangene zur Erbschaft ex testamento oder ab intestato berufen werden, da er als Kriegsgefangener im Augenblick der Berufung nicht erbfähig war. Im justinianischen Recht wurde dagegen mit der Zulassung der Erbeinsetzung des Kriegsgefangenen auf Grund der l. 32 D. de hered. inst. (28,5), auch die Berufungsmöglichkeit bei Kriegsgefangenschaft des Delaten anerkannt. Der Erwerb, bzw. beim heres extraneus die Antretung der Erbschaft, war aber während der Dauer der captivitas dem Kriegsgefangenen unmöglich[5]).

---

[1]) Bruns, Jahrb. des gem. deutsch. Rechts, I S. 94.

[2]) a. a. O. S. 74 f.

[3]) l. 32 § 1 D. de hered. inst. (28,5).

[4]) Wie die in der Unmöglichkeit der Erbeinsetzung eines Kriegsgefangenen liegenden Schwierigkeiten behoben werden konnten, s. Bechmann, a. a. O. S. 77.

[5]) Inwieweit dies ev. durch den curator bonorum vorgenommen werden konnte, s. Bruns Jahrb. I. S. 114 f.

Zweiter Teil.

Übersicht über die historische Entwicklung der Kriegsgefangenschaft.

§ 18. a) Im Mittelalter.

Die Entwicklung des römischen Rechts bewegte sich — wie bereits dargelegt — allmählich in der Richtung, das Los des Kriegsgefangenen bzw. seiner Hinterbliebenen zu bessern — siehe außer dem uralten Institut des postliminium die lex Hostilia, die eine Beerbung des captivus ermöglichende lex Cornelia, die Gewährung der Testiermöglichkeit durch die Novelle Leos usw. —; aber diese Besserung betraf nur die Stellung des Kriegsgefangenen zu seinem Heimatstaate bei seiner Rückkehr und — bei seinem Tode in der Gefangenschaft — die Stellung der Hinterbliebenen. Die Lage des Kriegsgefangenen während der Dauer seiner Gefangenschaft war, sowohl was das Verhältnis des Gefangenen zu seinem Heimatstaate, als auch das zu dem ihn gefangenhaltenden feindlichen Volke anbelangt, die gleiche geblieben: in der Heimat als Sklave oder doch einem solchen ähnlich betrachtet, bei den Feinden ihrer — oft grausamen — Willkür schutzlos preisgegeben. Dies war die Stellung der Kriegsgefangenen im römischen Recht.

In den stürmischen Zeiten der Völkerwanderung war die Lage der Kriegsgefangenen infolge der sich hier besonders roh und blutig zeigenden Kriegssitten wieder eine sehr bedauernswerte. Es würde aber nicht zutreffen, wenn man diese Verrohung der Kriegssitten im allgemeinen und die Grausamkeit in der Behandlung der Kriegsgefangenen im besonderen mit dem Eintritt des germanischen Elements in die Weltgeschichte in direkte Verbindung bringen wollte. Es muß im Gegenteil behauptet werden, daß gerade die Germanen infolge der bei ihnen geübten und auch in ihren Volksrechten zum Ausdruck gebrachten Achtung der Persönlichkeitsrechte — auch dem Gegner gegenüber — eine dem Kriegsrecht mehr entsprechende

Auffassung von Kriegführung[1]) und demgemäß auch von der Behandlung ihrer Besiegten und Kriegsgefangenen hatten, als das Römertum mit seiner starren Auffassung von der absoluten Rechtlosigkeit der Barbaren. Deshalb wird — was beiläufig erwähnt sein möge — von namhaften Autoren[2]) gerade dem germanischen Element das Zeugnis ausgestellt, daß es den Keim gelegt habe zu einer besseren Gestaltung und zu einem weiteren bedeutsamen Fortschritte des Völkerrechts.

Allerdings konnte sich in dieser Periode die oben gekennzeichnete germanische Auffassung noch nicht recht durchsetzen, und zwar mag dies einerseits an dem Fehlen staatlicher Einheit und Macht, andererseits aber auch an dem nicht sonderlich hohen Grade geistiger Bildung und der Kultur gelegen haben[3]); in diesem Moment findet auch die in jener Periode oft grausame Behandlung der Kriegsgefangenen — die aber in der Regel nur Wiedervergeltung römischer Härten war — teilweise eine Erklärung.

Die rechtliche Lage der Kriegsgefangenen änderte sich auch nicht, als das Christentum mit seinen idealen Grundlehren der Menschen-, ja sogar der Feindesliebe sich schon die Welt erobert hatte. Da die Kirche in konsequenter Durchführung ihres Exklusivitätsprinzips die Rechtlosigkeit jedes Andersgläubigen predigte, finden wir in den Kriegen des Mittelalters, besonders den Kreuzzügen und den Maurenkämpfen in Spanien, den Türken- und Hussitenkriegen, teilweise auch noch im dreißigjährigen Kriege, die unglaublichsten Grausamkeiten gegen die kriegsgefangenen Andersgläubigen[4]). Abgesehen von den erwähnten Glaubenskriegen kam in der mittelalterlichen Kriegführung der schon im späten Altertum nicht mehr häufige Brauch der Tötung oder gar Verstümmelung der Kriegsgefangenen noch mehr außer Übung, wenngleich sich die eigentümliche

[1]) Vgl. z. B. Bluntschli, Das Beuterecht im Kriege, S. 32 ff.

[2]) Lueder, Das Landkriegsrecht, in v. Holtzendorffs Handb. des Völkerr., Bd. IV S. 260; Bluntschli, Das Beuterecht im Kriege, S. 29, 30; v. Holtzendorff im Handb. Des Völkerrecht, Bd. I S. 315.

[3]) Vgl. Lueder, a. a. O. S. 261.

[4]) Zahlreiche Beispiele dafür bei Laurent, Etudes sur l'histoire de l'humanité. Brüssel, 2. Aufl. 1861. Bde. VI—X.

Praxis, die Verteidiger hartnäckig behaupteter Plätze nach deren Einnahme nicht kriegsgefangen zu machen, sondern zu töten, noch bis tief in die Neuzeit hinein erhielt und sogar von der Völkerrechtswissenschaft der beginnenden Neuzeit[1]) anerkannt wurde.

An Stelle der regelmäßig nicht mehr geübten Tötung der Kriegsgefangenen trat im Mittelalter — wie schon in Rom — die Sklaverei mit einer oft unmenschlichen Behandlung der Kriegssklaven. Hier ist es nun ein unbestreitbares Verdienst der Kirche, sich wiederholt dafür eingesetzt zu haben, das Los der Kriegsgefangenen in dieser Hinsicht zu verbessern. So wurde besonders auf dem 3. Laterankonzil (1179) das Verbot erlassen, gefangene Christen zu Sklaven zu machen und zu verkaufen, allerdings ohne daß dieses Verbot in der Praxis zunächst Beachtung fand[2]). Diese Bestimmung sollte auch nur auf gefangene Christen Anwendung finden, bezüglich der Nichtchristen blieb das Recht der Sklaverei unverändert; so finden wir es z. B. noch in den italienischen Stadtrechten des 16. Jahrhunderts[3]). Ebensowenig kehrten sich naturgemäß die nichtchristlichen Gefangennehmenden, besonders die Mohammedaner, an dieses kanonische Verbot, so daß tatsächlich das ganze Mittelalter hindurch die Kriegssklaverei in hoher Blüte stand[4]).

Die Gefangenschaft wurde beendet durch Zahlung eines Lösegeldes, später Rançonnierung genannt. Das Lösegeld

[1]) Vgl. Bynkershoek, Quaestiones juris publici (2. Aufl. 1752); l. I c. 3 de statu belli inter hostes; Dagegen als erster: Vattel, Le droit des gens, L. III, § 143.

[2]) Wie überhaupt die Berührung des Kriegsrechts im Corpus juris canonici (Decret. II, 23) praktisch ohne Bedeutung war.

[3]) Wie lange sich die Sklaverei der Gefangenen erhalten hat, geht daraus hervor, daß noch im Anfang des 19. Jahrhunderts Verträge mit den afrikanischen Staaten (Marokko, Algier, Tunis) nötig waren, um die Anwendung dieses barbarischen Brauchs auszuschließen (vgl. Lueder, a. a. O. S. 425 Anm. 18).

[4]) Um das Los der in Händen der Ungläubigen — besonders der in den afrikanischen Mittelmeerstaaten — befindlichen Christen zu bessern, bildeten sich, meist durch die Kirche angeregt, welche das „Die Gefangenen erlösen" als eines der sieben Werke der Barmherzigkeit bezeichnete, in fast allen christlichen Staaten Gesellschaften zum Loskauf gefangener Christensklaven.

(Rançon) war oft ein unglaublich hohes. Dazu bestand nicht einmal eine Verpflichtung, den Gefangenen gegen Lösegeld freizulassen; er blieb dann, wenn er auch später als Christ nicht gerade Sklave wurde, in lebenslänglicher Gefangenschaft.

Die Behandlung in der Gefangenschaft war — auch noch am Ausgang des Mittelalters — häufig sehr hart und durch alle möglichen Quälereien, wie Einsperren in Käfigen u. dgl., unmenschlich. Bluntschli[1]) sagt deshalb mit Recht von dem Schicksal der Gefangenen im Mittelalter: „Das Mittelalter betrachtete die Gefangenen entweder als ein Mittel, Lösegeld zu erpressen, oder geradezu als Gegenstand der persönlichen Rache.“ Es soll aber auch nicht übersehen werden, daß bisweilen, namentlich bei vornehmen Gefangenen, besondere Milde in der Behandlung geübt wurde; überhaupt wirkte der Einfluß des ritterlichen Geistes, besonders in der Blütezeit des Rittertums, auf die Behandlung der Gefangenen — aber nur der Ritterbürtigen — in gewisser Beziehung mildernd ein. Auch war gegen Ende des Mittelalters insofern ein großer Fortschritt zu verzeichnen, als die Gefangenen nicht mehr ihren status verloren.

Dagegen hielt man das ganze Mittelalter hindurch im Gegensatz zum entwickelten römischen Recht an dem Grundsatz fest, daß der Kriegsgefangene persönlicher Gefangener des einzelnen Gefangennehmenden bzw. des Truppenteils, also nicht Staatseigentum (siehe S. 3), wurde. Es war dieses Institut des persönlichen Eigentums am Kriegsgefangenen eine sehr begehrte Einnahmequelle der mitteralterlichen Heerführer, die den Krieg als gewinnbringendes Geschäft betrachteten und durch die außerordentlich hohen Lösegelder oft zu großem Reichtum gelangten.

Eine Änderung in dieser Hinsicht trat erst nach dem dreißigjährigen Kriege ein; aber noch bis ins 18. Jahrhundert erhielt es sich, daß der gefangennehmende Einzelne über das Schicksal des Gefangenen zu entscheiden und die Höhe des Lösegeldes zu bestimmen hatte[2]). Auch bezüglich des Personenkreises,

[1]) Im „Beuterecht im Kriege“, S. 48.
[2]) Vgl. Lueder, a. a. O. S. 426.

welcher der Gefangenschaft unterlag, herrschte die alleinige Willkür des Gefangennehmers, und zwar bis tief in die Neuzeit hinein; so sagt z. B. noch Vattel[1]) — der sonst als erster die humanen Grundsätze des neueren Völkerrechts vertritt —, daß völkerrechtlich die Gefangennahme der gesamten Bevölkerung durchaus zulässig sei.

§ 19. b) In der Neuzeit.

Im Mittelalter und noch im Anfang der Neuzeit konnte nach den im vorigen Paragraphen gemachten Ausführungen von der Existenz eines Kriegs- bzw. Kriegsgefangenenrechts in unserem Sinne keine Rede sein. Trotzdem waren aber schon deutliche Spuren einer einigermaßen rechtlichen Auffassung dieser Materie vorhanden, wie es sich z. B. in der Praxis des germanischen Elements, in dem Einfluß des Christentums und des Rittergeistes zeigte. Die Keime zu einer günstigeren Entwicklung des Kriegs- und damit des Kriegsgefangenenrechts waren dadurch jedenfalls vorhanden.

Die Entwicklung selbst wurde durch eine Reihe historischer Vorgänge hervorgerufen, von denen als in dieser Beziehung fruchtbarste hervorgehoben seien: Die Bildung selbständiger, einander gleichberechtigter nationaler Staaten in Europa, der Einfluß der Reformation, überhaupt der zunehmenden Kultur des Abendlandes, die Konsolidierung der Staatsgewalt in den einzelnen Staatsgebilden und als deren Folge die Einrichtung stehender Heere.

Durch die Praxis der Führer dieser stehenden Heere wurde nun der allmähliche Umschwung zu einer menschlicheren und mehr zivilisierten Kriegführung tatsächlich herbeigeführt und so die Kriegsmanier zu einer Zeit begründet, als noch die Völkerrechtswissenschaft durchaus in den alten Bahnen wandelte. Zur Zeit, wo der noch ganz im Bann griechischer und römischer Anschauungen stehende Grotius[2]) die Ansicht vertrat, daß die Kriegsgefangenen samt ihren Nachkommen Sklaven würden, und später noch Bynkershoek[3]) lehrte, daß die Schonung des

[1]) In Le droit des gens, L. III § 148.

[2]) De jure belli ac pacis libri tres, l. III c. VII, XIV.

[3]) Quaestiones juris publici I c. 3, de statu belli inter hostes.

Gegners nach Kriegsrecht nicht gefordert werden könne, sondern ihre Übung nur auf freier Milde und Menschlichkeit beruhe, war in der Kriegspraxis diese Schonung und Respektierung des kriegsgefangenen Feindes bereits feststehend. Erst unter dem Einfluß Vattels, der — abgesehen von der S. 36 erwähnten Rückständigkeit in seiner Auffassung bezüglich des der Kriegsgefangenschaft unterliegenden Personenkreises — die von der Kriegspraxis gemachten Fortschritte als erster wissenschaftlich vertrat, ist die Völkerrechtswissenschaft gefolgt und hat Vattels Lehren weiter begründet und verarbeitet. Die Fortschritte des Kriegs- und insbesondere des Kriegsgefangenenrechts beruhen in der Hauptsache auf den allmählich zur Anerkennung gelangten zwei fundamentalen Grundsätzen der neueren Kriegführung, daß nicht die Privatpersonen, sondern nur die Staaten bzw. ihre kriegenden Organe Feinde sind, und daß auch dem Feinde nicht mehr Übles zugefügt werden soll, als der Kriegszweck, die ratio belli, unbedingt erfordert.

Diese neuen Prinzipien des Kriegsrechts haben zuerst Preußen und die Vereinigten Staaten von Nordamerika zur Geltung gebracht, als sie in Art. 24 des — von Friedrich dem Großen für Preußen und von dem amerikanischen Staatsmann Benjamin Franklin im Namen der Union geschlossenen — Freundschafts- und Handelsvertrages von 1785[1]) menschenfreundliche Bestimmungen über die Stellung und Behandlung der Kriegsgefangenen für den Fall eines etwaigen Krieges aufstellten. Es wurde darin der Auffassung, daß die Kriegsgefangenschaft eine Strafhaft sei, entgegengetreten, demgemäß Deportation oder Einkerkerung der Gefangenen verboten, ferner für eine angemessene Ernährung, überhaupt eine soldatenmäßige Behandlung der Kriegsgefangenen Vorsorge getroffen.

Wenngleich schon vor diesem Vertrage im Laufe des 18. Jahrhunderts in zahlreichen Kartellverträgen[2]) der kriegführenden Staaten einzelne Bestimmungen — z. B. über Er-

[1]) Der auch für andere Gebiete des Kriegsrechts eine neue, vorbildliche Regelung traf (cf. z. B. Art. 23 des Vertrages; Text bei Bluntschli, Das Beuterecht im Kriege, S. 52).

[2]) Siehe z. B. bei Eichelmann, Über die Kriegsgefangenschaft, S. 122 Anm. 15, S. 123, auch S. 52.

nährung der Kriegsgefangenen und über Befreiung aller Nichtkombattanten von der Kriegsgefangenschaft — getroffen worden waren, so hatte doch der preußisch-amerikanische Vertrag insofern eine grundlegende Bedeutung für Praxis und Wissenschaft, als durch ihn gänzlich neue Prinzipien (s. o. S. 37) aufgestellt worden waren, und zwar mit der ausgesprochenen Absicht, „anderen Völkern ein Beispiel zu geben“ [1]).

Auf der Grundlage dieser Gedanken hat sich im Völkergewohnheitsrecht ein Kriegsrecht herausgebildet, das — wie oben erwähnt — größtenteils schon vorher in der Praxis angewendet worden war. Die Kriege des 19. Jahrhunderts zeigen jedenfalls — mit Ausnahme vielleicht der napoleonischen, wo oft noch Rückfälle vorkamen — alle den Einfluß des siegreich vordringenden Humanitätsgedankens, besonders auch hinsichtlich des Kriegsgefangenenrechts.

Einen nicht geringen Einfluß auf diese fortschreitende Entwicklung hatten die von einzelnen Staaten erlassenen Kriegsgefangenenreglements und Instruktionen für die im Felde stehenden Soldaten [2]), deren Bestimmungen dem Sinne nach auch von anderen Staaten aufgenommen wurden. Es entstanden ferner im Anschluß an die — von dem edlen Genfer Bürger Henry Dunant hervorgerufenen und durch die Genfer Konvention vom 22. August 1864 so erfolgreich gekrönten — Bemühungen zur Verbesserung des Loses der Kriegsverwundeten aus der Erwägung, daß die Lage der Kriegsgefangenen der der Verwundeten und Kranken ähnlich sei, Privatgesellschaften zur Verbesserung des Loses der Kriegsgefangenen [3]). Aber auch die Regierungen, die ja teilweise schon durch Erlaß der oben erwähnten Reglements und Instruktionen, aber auch in Einzelverträgen miteinander, diese Materie — allerdings nach unserem

---

[1]) Siehe Bluntschli, a. a. O. S. 54.

[2]) Z. B. das französische Kriegsgefangenenreglement von 1854 (jetzt von 1893), die von dem deutschen Professor Lieber anläßlich des nordamerikanischen Bürgerkrieges 1863 im Auftrage des Präsidenten Lincoln verfaßten „Instructions for the Government of Armies of the United States in the field,“ kurz „Amerikanische Kriegsartikel“ genannt.

[3]) Z. B. die 1874 gegründete „Pariser Gesellschaft zur Verbesserung des Loses der Kriegsgefangenen“.

heutigen Standpunkt unvollkommen — geregelt hatten, richteten nun ihr Augenmerk auf diesen so wichtigen Punkt des Kriegsrechts und der Kriegspraxis[1]). Es scheint auch die russische Regierung, als sie die Mächte im Jahre 1874 zur Brüsseler Konferenz einlud, ursprünglich die Absicht gehabt zu haben, nur diese Materie des Kriegsgefangenenrechts zum Gegenstand der Beratungen zu machen[2]), und zwar, wie wohl anzunehmen ist, eben unter dem noch frischen Eindruck des deutsch-französischen Krieges[3]). Schließlich wurde aber unter Zugrundelegung des von der russischen Regierung ausgearbeiteten Projekts doch das gesamte Landkriegsrecht durchberaten. Jedenfalls ist das Kriegsgefangenenrecht auf der Konferenz[4]) Gegenstand sehr sorgfältiger Beratungen gewesen und ein wertvoller Bestandteil der Brüsseler Deklaration (des „Projet d'une déclaration internationale concernant les lois et les coutumes de la guerre") geworden. Leider sind die Beschlüsse der Konferenz nur ein Entwurf („Projet") geblieben, da die Deklaration von den beteiligten Mächten nicht ratifiziert wurde[5]), und auch der ursprüngliche Plan einer Fortsetzung des in Brüssel Begonnenen durch eine in Aussicht genommene Petersburger Konferenz nicht verwirklicht worden ist[6]). Trotzdem hat die Brüsseler Deklaration infolge ihres sachverständigen und vorbildlichen Inhalts und nicht zuletzt als ein Fortschritt der

---

[1]) Sie wurden dazu besonders bewogen durch die Erfahrungen des deutsch-französischen Krieges 1870/71, in dessen Verlauf von deutscher Seite eine in der Kriegsgeschichte noch nie dagewesene Zahl von Kriegsgefangenen gemacht worden war, nämlich 11 160 Offiziere und 333 885 Gemeine. (Ziffernangabe lt. Bonfils, Lehrb. des Völkerrechts, S. 599 Anm. 1.)

[2]) Vgl. Lueder, a. a. O. S. 427; Meurer, Das Kriegsrecht der Haager Konferenz, S. 22.

[3]) Von dem einzelne in das Kriegsgefangenenrecht fallende praktische Streitfragen besser an den einschlägigen Stellen des systematischen (3.) Teiles zu behandeln sind.

[4]) Auf der — beiläufig bemerkt — Deutschland durch den General v. Voigt-Rhetz und den Völkerrechtslehrer Bluntschli vertreten war.

[5]) Die Gründe dafür siehe bei Meurer, a. a. O. S. 30/31. In erster Linie dürfte es an der Haltung Englands gelegen haben (siehe auch Meurer, a. a. O. S. 38).

[6]) Anscheinend wieder infolge des Widerstandes der englischen Regierung (siehe Lueder, a. a. O. S. 328 Anm. 22).

von der Mehrheit der Völkerrechtsautoritäten energisch verfochtenen — aber von militärfachmännischer Seite oft bekämpften — Kodifikationsbestrebungen auf dem Gebiete des Kriegsrechts eine hohe Bedeutung, ja, sie hat sogar, wie Meurer[1]) behauptet, wie kodifiziertes Recht gewirkt, denn sie ist Gewohnheitsrecht geworden.

Ebenso ist trotz des geringen praktischen Erfolges nicht zu unterschätzen die Bedeutung des von dem Institut de droit international — einer Körperschaft von Völkerrechtslehrern aller gebildeten Nationen — geschaffenen Manuel des lois de la guerre sur terre von 1880, das im großen und ganzen auf der Basis der Brüsseler Deklaration aufgebaut ist. Hat doch kein Geringerer als Moltke[2]), obgleich selbst kein Anhänger einer Kodifikation des Kriegsrechts, dem Manuel das — aus diesem Munde besonders hoch zu bewertende — Lob gespendet, daß es schon allein wegen seiner Bestimmungen über die Behandlung der Verwundeten und über das Kriegsgefangenenrecht (siehe Art. 61—78 des Manuel) als ein wesentlicher Fortschritt zu bezeichnen sei.

Ein wirklicher und voller Erfolg aber war den Kodifikationsbestrebungen erst beschieden, als 25 Jahre nach der Brüsseler Konferenz die — wiederum von der russischen Regierung berufene — Haager Konferenz von 1899[3]) in der Absicht einer Revision der Brüsseler Bestimmungen an die Regelung des Kriegsrechts heranging. Das auf dieser Konferenz zustande gekommene und von den vertretenen Mächten[4]) ratifizierte Haager Landkriegsabkommen (Convention concernant les lois

[1]) a. a. O. S. 21, 23.

[2]) In seinem Briefwechsel mit Bluntschli (abgedruckt in der Revue de droit international, Bd. 13 [1881], S. 80—84).

[3]) Auf der Deutschland durch den Oberst von Schwarzhoff und den Publizisten Ph. Zorn vertreten war.

[4]) Mit Ausnahme von Schweden und Norwegen, China und der Türkei (siehe Meurer, a. a. O. S. 44; die dort als noch nicht beigetreten aufgeführte Schweiz ist später beigetreten). — Für die wenigen, dem Abkommen nicht beigetretenen und auch später nicht beitretenden Mächte gilt natürlich das gemeine Kriegsvölkerrecht; ebenso auch für die Signatarmächte bezüglich etwaiger im Kriegsgesetzbuch nicht geregelter Punkte (siehe die Einleitung des Abkommens).

et coutumes de la guerre sur terre) vom 29. Juli 1899 stellt tatsächlich eine völkerrechtliche Kodifikation des Kriegsrechts dar. So nennt z. B. die Einleitung des Landkriegsabkommens die Bestimmungen desselben ein Kriegsgesetzbuch, das nach Art. 1 des Abkommens von den „Gesetzen und Gebräuchen des Landkrieges“ handelt. In diesem codex belli finden wir das — durch die zweite Haager Konferenz von 1907 übrigens nur sehr wenig abgeänderte — Kriegsgefangenenrecht im 2. Kapitel in den Artikeln 4—20 niedergelegt.

Dritter Teil.

Die Kriegsgefangenschaft nach heutigem Recht.

§ 20. Das Wesen der heutigen Kriegsgefangenschaft.

Seit dem Ausgang des 17. Jahrhunderts ist allgemein anerkannt (siehe o. S. 37), daß die von einem Truppenteil gefangengenommenen Feinde nicht Kriegsgefangene dieses Truppenteils, sondern, da sie von den Truppen als Vertreter der Regierung gefangengenommen werden, Staatsgefangene werden (siehe Art. 4 Abs. 1 der Ordnung [Art. 23 Abs. 2 Br. Dekl.]). Ebenso ist anerkannter Grundsatz, daß die Gefangennahme der Feinde lediglich zu dem Zwecke erfolgt, um die militärischen Kräfte des Gegners zu schwächen bzw. zu vernichten, und daß sie deshalb darauf beschränkt ist, eine Wiedererstarkung dieser Kräfte durch Rückkehr der Gefangenen zur feindlichen Macht zu verhindern. Das sich hieraus ergebende Wesen der Kriegsgefangenschaft als einer bloßen Sicherungsmaßregel scheint mir am treffendsten in Heffters[1]) Definition ausgedrückt zu sein: „Das Wesen der heutigen Kriegsgefangenschaft besteht lediglich in einer tatsächlichen Beschränkung der persönlichen Freiheit, um die Rückkehr in den feindlichen Staat und eine fernere Teilnahme an den Kriegsunternehmungen zu verhindern." Als weiteres wichtiges Begriffsmerkmal der heutigen Kriegsgefangenschaft ist festzuhalten, daß mit dem Eintritt derselben im Gegensatz zu dem früher mit der Gefangenschaft entstehenden, alle Akte der Willkür gestattenden, rein tatsächlichen Gewaltverhältnisse ein Rechtsverhältnis zwischen dem gefangennehmenden Staat und dem gefangengenommenen Feinde begründet wird, daß demnach beide Subjekte desselben — falls es erlaubt ist, den Ausdruck „Subjekt" für die einzelne, eigentlich nur ein „Objekt" darstellende feindliche Person im Verhältnis zum Nehmestaat zu gebrauchen — mit dem Beginn der Kriegs-

[1]) cf. Heffter-Geffcken, Völkerrecht, § 129.

gefangenschaft gewisse Rechte erhalten und Pflichten übernehmen (siehe die von einem „Recht“ auf Behandlung als Kriegsgefangener sprechenden Art. 3 und 13 d. O.). Wenn wir im folgenden auf die Wirkungen der Kriegsgefangenschaft eingehen, setzen wir als selbstverständlich voraus, daß Kriegsgefangenschaft im Sinne des Völkerrechts nur in einem Kriege zwischen das jus belli besitzenden souveränen Völkern und nur auf dem Kriegsschauplatz gegeben sein kann.

§ 21. Subjekte der Kriegsgefangenschaft.

Als Subjekte der Kriegsgefangenschaft kommen in Betracht zunächst (nach Art. 3 d. Ordnung [Art. 11 Br. Dekl.]) die Angehörigen der „bewaffneten Macht“ d. i. das stehende Heer mit der Reserve sowie Landwehr und Landsturm, entsprechend die Marine mit der Seewehr, also zuvörderst die Kombattanten. Aber auch die Nichtkombattanten, wie Militärärzte (Sanitätsoffiziere) und das Sanitätspersonal, Feldgeistliche, Feldpolizei[1]), Verwaltungs- und Verpflegungsbeamte u. a. m., die insofern nicht den vollen passiven Kriegsstand haben, als sie nicht getötet oder verwundet werden dürfen[2]), unterliegen als Angehörige der bewaffneten Macht (siehe Art. 3 d. Ordnung [Art. 11 Br. Dekl.]) der Kriegsgefangenschaft[3]); hiervon ist allerdings auf Grund der besonderen Bestimmung des Art. 9 Abs. 1 der II. Genfer Konvention vom 6. Juli 1906 für Militärärzte und Sanitätspersonal sowie für Feldprediger eine Ausnahme statuiert.

---

[1]) Die Ansicht Eichelmanns, Über die Kriegsgefangenschaft, S. 53 f., daß Feldpolizeibeamte und Feldrichter nicht der Kriegsgefangenschaft unterliegen sollen, ist von der herrschenden Meinung mit Recht zurückgewiesen worden, vgl. z. B. Kasparek, a. a. O. S. 711; Triepel, Die neuesten Fortschritte, S. 49.

[2]) cf. Heilborn in Holtzendorff-Kohler, II S. 1060.

[3]) Beiläufig bemerkt, kann es neuerdings zweifelhaft sein, ob die Veterinäre der deutschen Armee als Kombattanten oder Nichtkombattanten anzusehen sind. Bisher zählten sie als Militärbeamte zu den letzteren; sie sind aber durch die Militär-Veterinärordnung vom 17. Mai 1910 (cf. Rotermund, Komm. z. Militärstrafgesetzbuch, Nachtrag zu § 5 MStGB. S. 466) Personen des Soldatenstandes geworden. Ich möchte sie trotzdem weiterhin als Nichtkombattanten ansehen. Jedenfalls genießen sie nicht die Ausnahmestellung der Sanitätsoffiziere, unterliegen also auf alle Fälle der Kriegsgefangenschaft.

Außerdem sind nach Art. 13 d. Ordnung (Art. 34 Br. Dekl.) als Kriegsgefangene zu behandeln die dem Heer folgenden Personen wie Kriegskorrespondenten, Marketender, Lieferanten u. a. m., jedoch nur, wenn sie sich durch eine Bescheinigung der Militärbehörde des von ihnen begleiteten Heeres ausweisen können[1]). Nach Art. 1 des ersten Kapitels der Ordnung [Art. 9 Br. Dekl.] gelten als Kriegführende auch Milizen und Freiwilligenkorps, vorausgesetzt, daß gewisse Bedingungen erfüllt sind, ferner wird (nach Art. 2 d. O. [Art. 10 Br. Dekl.]) die Bevölkerung eines nicht besetzten Gebietes, die beim Herannahen des Feindes aus eigenem Antriebe zu den Waffen greift, als kriegführend betrachtet, wenn sie die Waffen offen trägt und die Gesetze und Gebräuche des Krieges beobachtet. Diese beiden in Art. 1 und 2 genannten Kategorien von Personen dürfen daher, wenn sie gefangengenommen werden, nicht wegen Kriegsverrats oder Rebellion bestraft werden, sondern sie sind Kriegsgefangene und als solche zu behandeln. Schließlich unterliegen nach der herrschenden Meinung und Praxis[2]) — die Haager Konferenzen haben es vermieden, den Fall zu regeln —, auch Souveräne[3]), Mitglieder der landesherrlichen Familie[4]), Minister, hohe Staatsbeamte und ähnliche Personen der Kriegsgefangenschaft. Daß auch Frauen und Kinder, wenn es die Umstände erfordern, zu Kriegsgefangenen gemacht werden können, ist in der Literatur[5]) fast allgemein anerkannt.

---

[1]) Diese Voraussetzung ist merkwürdigerweise bei Ullmann, Völkerrecht, S. 481 Anm. 1 nicht erwähnt; er identifiziert in diesem Falle anscheinend Festhaltung und Kriegsgefangenschaft, was nicht zulässig sein dürfte.

[2]) cf. Lueder, a. a. O. S. 430; Bluntschli, Das mod. Völkerr., Nr. 596; Kasparek in Grünhuts Zeitschr. IX, S. 706 Anm. 46 u. a.

[3]) Vgl. z. B. die Gefangennahme Napoleons III. 1870 und des Kurfürsten von Hessen 1866. Ganz abgesehen von Beispielen aus älterer Zeit, wie Napoleon I. usw.

[4]) Die Beschränkung der Kriegsgefangenschaft auf die waffenfähigen und waffentragenden (männlichen) Mitglieder des Herrscherhauses ist m. E. nicht zulässig (cf. Lueder, a. a. O. S. 432 Anm. 16); es werden sogar — m. E. zu weitgehend — ohne weiteres auch weibliche Mitglieder des feindlichen Herrscherhauses als mögliche Subjekte der Kriegsgefangenschaft angesehen (siehe z. B. Art. 50, Amerikan. Kriegsart.; Triepel, a. a. O. S. 51).

[5]) cf. Eichelmann, a. a. O. S. 69; Lueder, a. a. O. S. 379 Anm. 2, S. 431 Anm. 10; Triepel, a. a. O. S. 50, 51.

Bei allen vorstehend erwähnten Personen treten mit dem Beginn der Kriegsgefangenschaft, d. h. mit dem Augenblick, wo sie, sei es durch Überwindung ihres Widerstandes, sei es durch freiwillige Ergebung des einzelnen bzw. Kapitulation des Truppenkörpers in die tatsächliche Gewalt des Feindes geraten, die Wirkungen der Kriegsgefangenschaft ein.

Die Wirkungen der Kriegsgefangenschaft.

1. Pflicht des Nehmestaates, das Leben der Kriegsgefangenen zu schonen.

§ 22. a) Sie besteht nicht bei zwingendem Kriegsnotstand.

Von dem am Schluß des § 21 bezeichneten Augenblick an hat der in die Gewalt der Nehmepartei gefallene Feind Anspruch auf Behandlung als Kriegsgefangener. Dieser Anspruch erstreckt sich zunächst darauf, daß sein Leben geschont wird. Hier tritt uns die Frage entgegen, ob der Feind, der die Waffen gestreckt und sich durch seine freiwillige Ergebung in die Gewalt des Gegners begeben hat, also in diesem Augenblicke eigentlich schon Kriegsgefangener ist[1]), Anspruch auf Behandlung als solcher, namentlich auf Schonung seines Lebens auch dann hat, wenn sich der Gegner in einem Kriegsnotstande befindet, der die Aufnahme der Feinde in die Kriegsgefangenschaft nicht zuläßt. Ich möchte dies verneinen, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß ein wirklich dringender Notstand vorliegt, wie einerseits absolute Unmöglichkeit, die Gefangenen festzuhalten, fortzuschaffen oder zu ernähren, andererseits Unmöglichkeit, die Gefangenen ohne die Gefahr ernstlicher Schädigung, evtl. sogar eigener Vernichtung freizulassen. Dann müssen eben m. E. die Truppen, denen die Aufnahme in die Kriegsgefangenschaft versagt werden mußte, den Kampf wieder

[1]) Bei Ablehnung der Ansicht, daß der die Waffen streckende und sich ergebende Feind — als schon in diesem Augenblick in der tatsächlichen Gewalt des Gegners befindlich — als Kriegsgefangener zu betrachten ist und deswegen Anspruch auf Schonung des Lebens hat, muß man diesen Anspruch auf Art. 23 c der Ordnung gründen; dann stände allerdings die spezielle Behandlung dieser Frage außerhalb des Rahmens der Arbeit.

aufnehmen, evtl. mit dem letzten Mute der Verzweiflung einen Durchbruch versuchen oder aber dabei den Tod erleiden. So unbefriedigend dieses Ergebnis auch sein mag, so ist doch die unerbittliche Kriegsnotwendigkeit m. E. die oberste Richtlinie für die Kriegsführung, und der Kriegsraison muß letzten Endes die Forderung der Humanität weichen[1]).

Ein analoger, wohl noch mehr zu bedauernder Ausnahmefall hinsichtlich der Regel, daß mit der Kriegsgefangenschaft untrennbar der Schutz der körperlichen Integrität verbunden ist, liegt vor, wenn, nachdem der Feind als Kriegsgefangener in Gnaden aufgenommen worden ist, Umstände eintreten, welche für die Nehmepartei die zwingende Notwendigkeit ergeben, sich der Gefangenen zu entledigen, wenn diese Entledigung aber wegen ernster Gefährdung des Kriegszweckes nicht im Freilassen der Kriegsgefangenen bestehen kann. Ich möchte mich auch in diesem in der Literatur des Kriegsgewohnheitsrechtes[2]) gleichfalls sehr streitigen Falle entsprechend der oben dargelegten Ansicht, daß die absolute Kriegsnotwendigkeit ein derartiges Vorgehen rechtfertigt, prinzipiell für die Zulässigkeit dieser Maßnahme erklären[3]), wenngleich ich mit Lueder[4]) betonen möchte, daß hier wie auch im vorhergehenden Fall mit der größten Gewissenhaftigkeit geprüft werden muß, ob die Tötung wirklich ganz unerläßlich und ob es nicht, „wenn auch nur in fast die Grenze des vom Kriegszweck Geforderten überschreitender Weise möglich ist, im Interesse der Humanität vor so furchtbarer Maßnahme zurückzuweichen". Hierbei ist außerdem noch zu berücksichtigen, daß bei den heutigen hochentwickelten Verkehrsverhältnissen und der vorzüglichen Organisation der Truppenverpflegung ein derartiger Not-

[1]) cf. Bluntschli, a. a. O. Nr. 580; Heffter, a. a. O. § 128; Lueder, a. a. O. S. 437, 441 Anm. 46; Meurer, Kriegsrecht der Haager Konferenz, II S. 121; dagegen: Zorn, das Kriegsrecht zu Lande, S. 83 f.; Bonfils, a. a. O. S. 598 und die von ihm cit.: Fiore (Code 974) u. Pillet; Calvo, Le droit international, theorique et pratique, tome IV § 2144.

[2]) Denn die Ordnung regelt diesen Fall — absichtlich — nicht.

[3]) Ebenso: Lueder, a. a. O. S. 437, Kriegsgesch. Einzelschr. Bd. 31 S. 16; Endres, Die völkerr. Grundsätze der Kriegführ. zu Lande und zur See, S. 41; dagegen: Zorn, a. a. O. S. 82 f.; Kasparek, a. a. O. S. 721; Bonfils, a. a. O. S. 598.

[4]) a. a. O. S. 437.

stand nur sehr selten — in unvollkommen kultivierten Gebieten — vorkommen wird, und daß außerdem jede kriegführende Partei die rechtlichen und tatsächlichen Erfordernisse des ein solches Vorgehen rechtfertigenden Notstandes schon deswegen mit der äußersten Peinlichkeit prüfen wird, um sich nicht im weiteren Verlauf des Krieges schweren Repressalien des Gegners auszusetzen, und um nicht in den Augen der zivilisierten Welt als Frevler an dem den Schutz der Kriegsgefangenen fordernden Völkerrecht zu erscheinen[1]).

§ 23. b) Wenn die Nehmepartei zu Repressalien an den Kriegsgefangenen berechtigt ist.

Gleichfalls bestritten ist die Frage, ob eine Tötung der in Händen der einen Partei befindlichen Kriegsgefangenen als Repressalie zulässig ist, d. h. als Maßregel gegen eine völkerrechtswidrige Art und Weise der Kriegführung, bestimmt, einen Zwang zur Änderung dieses Verhaltens herbeizuführen. Auch diese Frage wird man in bejahendem Sinne beantworten können, wenn man von dem Prinzip ausgeht, daß die Repressalie mangels eines bisherigen völkerrechtlichen Verbotes oder Beschränkung ihrer Anwendung[2]) als äußerstes Selbsthilfemittel durchaus anwendbar ist. Weshalb gerade die Kriegsgefangenen eine Ausnahmestellung in dieser Hinsicht einnehmen sollen, wie Eichelmann[3]) mit seiner Forderung des Verbotes jeglicher Repressalien gegen Kriegsgefangene will, vermag ich mit Rücksicht auf die Tatsache, daß sogar gegen die friedlichen Untertanen des feindlichen Staates Repressivmaßregeln zulässigerweise ergriffen werden[4]), nicht einzusehen. Deshalb wird man prinzipiell die Tötung von Kriegsgefangenen als Repressalie, allerdings — wie in den vorhergehenden Fällen —

[1]) Tatsächlich wird sich m. E. in den meisten Fällen ein Ausweg insofern finden lassen, als die Gefangenen unter Bekanntgabe des Notstandes vor die Alternative gestellt werden, entweder ihre Freilassung gegen Verpfändung des Ehrenworts selbst herbeizuführen oder den Tod zu erleiden. Gezwungen werden können sie aber nicht zur Abgabe des Ehrenworts (siehe Art. 11 d. O. [Art. 32 Br. Dekl.]).

[2]) Kasparek, a. a. O. S. 729, 730.

[3]) a. a. O. S. 180 ff.

[4]) Zorn, a. a. O. S. 86.

unter peinlichster Prüfung ihrer Notwendigkeit und Berechtigung zugeben müssen, wenn sie auch in der Praxis sehr selten vorkommen wird[1]).

§ 24. 2. Rechte und Pflichten des Nehmestaates.

a) In bezug auf die Behandlung, Unterkunft und den Unterhalt der Kriegsgefangenen.

Oberster und allgemeiner Grundsatz für die Behandlung der Kriegsgefangenen seitens des Nehmestaates muß die Beobachtung der Gebote der Menschlichkeit sein. Die Kriegsgefangenen haben gemäß Art. 4 Abs. 2 der Ordnung [Art. 23 Abs. 3 Br. Dekl.] Anspruch darauf, menschlich behandelt zu werden; daher sind selbstverständlich Beleidigungen oder gar Mißhandlungen der Kriegsgefangenen verboten[2]). Im allgemeinen muß die Behandlung der Kriegsgefangenen mit dem Grundsatz des — zur Interpretation der einschlägigen Bestimmungen der Ordnung heranzuziehenden — Völkergewohnheitsrechtes in Einklang stehen, daß die heutige Kriegsgefangenschaft nur die Verhinderung der Gefangenen an der Rückkehr in den feindlichen Staat und an der ferneren Teilnahme an den Kriegsunternehmungen bezweckt. Dies gilt im besonderen von der zur Erreichung dieses Zweckes nötigen Beschränkung der persönlichen Freiheit. Der Nehmestaat darf daher (Art. 5 der Ordnung [Art. 24 Br. Dekl.]) die Gefangenen an geeigneten Orten wie Städten, Festungen, Feldlagern internieren, aber er darf sie nicht einsperren, es sei denn, daß dringende Sicherheitsrücksichten dies erfordern (siehe Art. 5 der Ordnung). Nicht ganz unbestritten ist die Frage, ob den internierten Kriegsgefangenen die in Art. 5 erwähnte Verpflichtung, sich

[1]) Ebenso: Lueder, a. a. O. S. 437; Zorn, a. a. O. S. 84 f.; Meurer, a. a. O. S. 123; Kriegsgesch. Einzelschr. 31, S. 16; Heffter, a. a. O. S. 282. Dagegen: Eichelmann, a. a. O. S. 180 ff.

[2]) Insbesondere sind die Kriegsgefangenen auch auf dem Transport vor Insulten durch die feindliche Bevölkerung zu schützen. Diese Pflicht ist im deutsch-französischen Kriege 1870/71 von französischer Seite nicht immer beachtet worden; die deutschen Gefangenen hatten auf dem Transport wiederholt unter den Drohungen und Mißhandlungen des Pöbels zu leiden (siehe Dahn, Jahrbücher für die deutsche Armee und Marine, Bd. 3 S. 78).

nicht über einen bestimmten Umkreis zu entfernen, mit der Tatsache ihrer Internierung ipso jure erwächst, oder ob sie mit dem einzelnen Kriegsgefangenen vertragsmäßig begründet werden muß. Meurer[1]) und mit ihm die herrschende Meinung[2]) will diese Verpflichtung als mit der Internierung gegeben ansehen, Eichelmann[3]), der im Gegensatz zur herrschenden Meinung zwischen Gefangenen, die sich freiwillig ergeben haben, und solchen, die im Kampfe überwunden worden sind, unterscheidet, will die Verpflichtung nur auf freiwillige Gefangene angewendet wissen. Zorn[4]) neigt dagegen zur Vertragstheorie und nimmt sogar an, daß diese Verpflichtung regelmäßig ehrenwörtlich einzugehen ist[5]). Ich möchte mich in der Erwägung, daß es dem Nehmestaat unbedingt freistehen muß, einseitig die Bewegungsfreiheit der Kriegsgefangenen am Internierungsorte auf einen bestimmten Umkreis zu beschränken, der von der herrschenden Meinung vertretenen Ansicht anschließen. — Daß die den Gefangenen angewiesenen Lokalitäten reinlich und so beschaffen sein müssen, daß die Gefangenen keinen Schaden an ihrer Gesundheit nehmen, ist zunächst als in der Forderung der menschlichen Behandlung liegend selbstverständlich, aber auch in Art. 7 Abs. 2 der Ordnung (Art. 27 Abs. 3 Br. Dekl.) gefordert, wonach die Kriegsgefangenen in bezug auf Unterkunft ebenso gestellt sein sollen wie die eigenen Truppen. Deshalb sollen auch die Kriegsgefangenen nicht in Gefängnissen oder Deportationsorten untergebracht werden[6]). Der Nehmestaat hat nach Art. 7 Abs. 1 der Ordnung (Art. 27 Abs. 1 Br. Dekl.) für den Unterhalt der Gefangenen Sorge zu tragen, und zwar soll dieser, falls nicht etwa besondere Vereinbarungen über diesen Punkt unter den Kriegsparteien bestehen, ebenso bemessen sein, wie bei den eigenen Soldaten (siehe Art. 7 Abs. 2 [Art. 27 Abs. 2, 3 Br. Dekl.]); demnach haben die

---

[1]) a. a. O. S. 125.

[2]) Lueder, a. a. O. S. 433; Bonfils, a. a. O. Nr. 1124 S. 600 u. a.

[3]) a. a. O. S. 151.

[4]) a. a. O. S. 79, 80.

[5]) a. a. O. S. 103.

[6]) cf. Lueder, a. a. O. S. 434; Meurer, a. a. O. S. 125.

Kriegsgefangenen Anspruch nur auf die landesübliche Nahrung[1]). Die Unterhaltspflicht für die Kriegsgefangenen trifft die Regierung des Nehmestaates unbedingt. Anderer Meinung ist Bluntschli[2]), der die staatliche Unterhaltspflicht nur dann anerkennen will, wenn der Kriegsgefangene nicht für sich selbst sorgen kann. Dagegen mit Recht Lueder[3]), der aber dem gefangenhaltenden Staate das Recht zuerteilt, etwa vorhandene oder während der Gefangenschaft ihnen zufließende Geldmittel zur Bestreitung des Unterhaltes der Kriegsgefangenen zu verwenden.

Innerhalb der den Kriegsgefangenen zum Aufenthalt angewiesenen Örtlichkeiten sollen sich die Gefangenen frei bewegen dürfen, falls nicht besondere Gründe eine Entziehung der Bewegungsfreiheit rechtfertigen sollten; selbstverständlich müssen sie sich einer etwa bestehenden Haus- oder Garnisonordnung fügen[4]).

Neben der Befriedigung der materiellen Bedürfnisse muß auch für die der geistigen möglichst Sorge getragen werden, z. B. durch Gestattung von Zeitungs- und Bücherlektüre; es ist dies bei dem Charakter der Volksheere unserer Zeit, in denen das gebildete Element stark vertreten ist, auch eine Forderung der Humanität.

Ebenso besteht kein Grund, den Gefangenen jeglichen, insbesondere schriftlichen Verkehr mit der Außenwelt, vorzüglich mit ihren Angehörigen, zu verbieten oder zu erschweren; es geht dies, abgesehen davon, daß es schon als Forderung der Humanität zulässig sein muß, auch aus dem Umstand hervor, daß durch die Bestimmungen des Art. 16 Abs. 1 der Ordnung für die Postsendungen an und von Kriegsgefangenen Portofreiheit geschaffen worden ist[5]), gerade um

[1]) Meurer, a. a. O. S. 125. — Den französischen Kriegsgefangenen in Deutschland wurde in rücksichtsvoller Weise statt des landesüblichen Schwarzbrots das ihrem Geschmack besser zusagende Weißbrot gewährt.

[2]) a. a. O. Nr. 606.

[3]) a. a. O. S. 440 Anm. 25.

[4]) Kriegsgesch. Einzelschr., S. 14.

[5]) In Frankreich ist diese Forderung auf staatsrechtlichem Wege bereits verwirklicht (durch Gesetz vom 3. Mai 1902). In Deutschland besteht m. W. noch kein solches Gesetz, doch trägt die Reichspostverwaltung gegebenenfalls durch dementsprechende Verfügungen für Durchführung dieser Bestimmungen Sorge.

den Gefangenen jenen Verkehr möglichst zu erleichtern. Der Empfang von Besuchen ist gleichfalls nicht zu verhindern[1]). Allerdings wird man dem gefangenhaltenden Staat im Interesse seiner eigenen Sicherheit ein Überwachungsrecht hinsichtlich des gesamten schriftlichen und mündlichen Verkehrs des Gefangenen einräumen müssen. Die Art der persönlichen Behandlung, der Unterkunft und des Unterhalts wird sich naturgemäß nach dem Range des Kriegsgefangenen richten. Dieser ist verpflichtet, auf Befragen seinen wahren Namen und Dienstgrad anzugeben (siehe Art. 9 der Ordnung [Art. 29 Br. Dekl.]), eine Bestimmung, die übrigens auch noch in anderer Hinsicht von Bedeutung ist[2]). Anspruch auf Besoldung haben die Gefangenen nicht[3]), nur für Offiziere ist durch Art. 17 der Ordnung ein solcher Anspruch, und zwar nach Maßgabe der Besoldung der Offiziere gleichen Dienstgrades des Nehmestaates gegeben[4]). Der gefangenhaltende Staat kann jedoch von der Regierung des kriegsgefangenen Offiziers die Wiedererstattung dieser Summe verlangen (Art. 17). Über die Wiedererstattung der für die Kriegsgefangenen allgemein aufgewendeten Unterhaltskosten durch die Regierung der Gefangenen ist in der Ordnung nichts gesagt. Der Nehmestaat kann sich zunächst insofern schadlos halten, als er etwa vorhandene Barmittel der Kriegsgefangenen zu ihrem Unterhalt verwenden (siehe S. 50) und außerdem von ihrem Verdienst, den sie durch ihre Beschäftigung (siehe folgenden Paragraph) erworben haben, seine Unterhaltskosten abziehen kann (siehe Art. 6 Abs. 5 d. O. [etwas anders Art. 25 Abs. 3 Br. Dekl.]). Im übrigen bildet die gegenseitige Erstattung der den Parteien durch Kriegsgefangene erwachsenen

[1]) Lueder, a. a. O. S. 435; Kriegsgesch. Einzelschr. 31, S. 15.

[2]) So für die Bemessung der Arbeiten, für eine etwaige Bestrafung, schließlich auch für die Auswechslung und die Beerdigung.

[3]) Die deutschen Kriegsgefangenen in Frankreich erhielten, wie von französischen Autoren (Bonfils, a. a. O. S. 601 Anm. 1, Calvo, a. a. O. § 2146) mit Stolz hervorgehoben wird, täglich 7 centimes Löhnung. Den französischen Kriegsgefangenen wurde, wie es auch allgemein üblich ist, kein Sold gewährt.

[4]) Dieser Anspruch der Offiziere auf Besoldung ist erst durch die Fassung der II. Konferenz gewährleistet. Nach der Fassung von 1899 „können" sie den ihnen nach den Vorschriften ihres Landes zukommenden Sold erhalten.

Kosten regelmäßig den Gegenstand von Sondervereinbarungen beim Friedensschlusse.

§ 25. b) In bezug auf ärztliche Behandlung und geistliche Versorgung der Kriegsgefangenen.

Wenn der Kriegsgefangene in der Gefangenschaft erkrankt oder als Verwundeter oder Kranker in Kriegsgefangenschaft gerät — daß solche Personen in gleicher Weise, wie Gesunde, der Kriegsgefangenschaft unterliegen, ist durch Art. 2 Abs. 1 der rev. Genfer Konvention vom 6. Juli 1906 im Gegensatz zu der ersten Konvention vom 22. August 1864 festgelegt —, hat er gemäß Art. 21 der Ordnung (Art. 35 Br. Dekl.), der auf die Bestimmungen der Genfer Konvention verweist, Anspruch auf ärztliche Behandlung und Pflege[1]).

Für alle Kriegsgefangenen besteht nach Art. 18 der Ordnung Anspruch auf freie Religionsausübung und ungehinderte Teilnahme am Gottesdienst, naturgemäß unter der Bedingung, daß sie sich den Ordnungs- und Polizeivorschriften der Militärbehörde fügen. Indessen ist die von Eichelmann[2]) vertretene Forderung, daß den Nehmestaat die Verpflichtung treffe, für Beschaffung des dem Kultus der Gefangenen angehörigen Priesterpersonals, eventuell durch Zurückbehaltung desselben analog der des Sanitätspersonals nach der Genfer Konvention, zu sorgen, als zu weitgehend zurückzuweisen. Daß der Nehmestaat das Recht hat, darüber zu wachen, daß der Geistliche seine Amtsgewalt nicht in einer dem Nehmestaat schädlichen Weise mißbraucht[3]), ist als selbstverständlich anzunehmen.

§ 26. 3. Recht des Nehmestaates, die Kriegsgefangenen gegen entsprechende Vergütung mit Arbeiten zu beschäftigen.

Der Nehmestaat hat das Recht, die Kriegsgefangenen nach ihrem Dienstgrade und nach ihren Fähigkeiten als Arbeiter zu

---

[1]) Für Deutschland vgl. dazu auch Ziffer 335 der Kriegs-Sanitätsordnung (cf. Endres, a. a. O. S. 55). Weitere Anordnungen über Lazarettbehandlung siehe Ziffer 337 f. d. Kriegs-Sanitätsordnung.

[2]) a. a. O. S. 135.

[3]) Es braucht dieser Fall nicht unbedingt von den Ordnungsvorschriften des Art. 18 der Ordnung erfaßt zu sein.

verwenden. (Art. 6 Abs. 1 d. Ordnung [Art. 25 Abs. 1 Br. Dekl.].) Es geschieht dies aus Gesundheitsrücksichten und Billigkeitsgründen, aber auch, um die Kriegsgefangenen vor Exzessen zu bewahren[1]). Von der Arbeitsverpflichtung[2]) sind aber nach dem auf der II. Konferenz eingeschobenen Zusatz die Offiziere und die ihnen gleichgestellten Militärpersonen befreit; bis dahin konnten sie prinzipiell mit standesgemäßen Arbeiten, wie z. B. Büro- und ähnlichen Arbeiten[3]), beschäftigt werden, die Kriegssitte machte aber von dieser Befugnis keinen Gebrauch.

Die von den Kriegsgefangenen verlangten Arbeiten dürfen aber nicht übermäßig (siehe Art. 6 Abs. 1 Satz 2 [Art. 25 Abs. 1 Br. Dekl.]) sein, auch nicht unangemessen oder gesundheitsgefährlich[4]). Vor allem dürfen sie in keiner Beziehung zu den Kriegsunternehmungen stehen (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 der Ordnung), da — auch vom allgemein sittlichen Standpunkt aus — von den Gefangenen nicht verlangt werden kann, die Machtmittel des Feindes ihres Vaterlandes irgendwie zu stärken. Vor der Haager Konferenz mit ihrer in diesem Punkte klaren und unzweideutigen Bestimmung war es im Hinblick auf die Fassung des Art. 25 Abs. 1 der Brüsseler Deklaration (rapport „directe") streitig, ob nicht die Gefangenen zu militärischen Arbeiten, die nur mittelbar im Zusammenhang mit den Kriegsunternehmungen stehen, wie z. B. Ausbesserung oder Bau von Festungsarbeiten an der dem feindlichen Staat entgegengesetzten Grenze[5]) u. a. m., herangezogen werden dürfen[6]). Geffcken[7]) hebt m. E. mit Recht dagegen hervor, daß derartige Arbeiten den Staat stärken, und daß man daher die Kriegs-

[1]) Kriegsgeschichtl. Einzelschr. 31, S. 14.

[2]) Calvo, a. a. O. § 2147 und der bei Lueder, a. a. O. S. 438 Anm. 13 zitierte Fiore — dessen Werk Verf. nicht zugänglich war — lassen noch die Arbeitsverpflichtung von dem freien Willen der Kriegsgefangenen abhängen; Eichelmann, a. a. O. S. 199, will die Arbeitsverpflichtung auf diejenigen beschränken, welche sich nicht selbst unterhalten können.

[3]) Lueder, a. a. O. S. 438 Anm. 14.

[4]) Lueder, a. a. O. S. 434.

[5]) So wurden z. B. die französischen Kriegsgefangenen 1870 zum Bau der Königsberger Festungswerke herangezogen.

[6]) Lueder, a. a. O. S. 434; Bluntschli, a. a. O. Nr. 608.

[7]) In Heffter, a. a. O. § 129 Anm. 3; auch Bonfils, a. a. O. S. 602.

gefangenen nicht zwingen dürfe, dazu beizutragen. Zorn[1]) und das Generalstabsheft[2]), das in dieser Beziehung noch auf dem Standpunkt des Art. 25 der Brüsseler Deklaration[3]) steht, lassen Arbeiten militärischer Natur, die keine Einwirkung auf den Gang des Krieges haben, unbedenklich zu. Ähnlich, nur etwas schärfer, ist die Auffassung Eichelmanns[4]), nach der die Kriegsgefangenen nicht gezwungen werden dürfen zu Arbeiten, „deren Ergebnis zur Verwendung in der Kriegsführung kommen kann"; ebenso Meurer[5]). M. E. kann es für die Regierung des Nehmestaates nicht mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden sein, die Kriegsgefangenen, um ihr vaterländisches Empfinden zu schonen, möglichst in keiner Weise mit militärischen Arbeiten zu beschäftigen, zumal auf dem Gebiete der öffentlichen Bauten und Anlagen (siehe Art. 6 Abs. 2) — man denke an Wege- und Wasserstraßenbau, Urbarmachung von Ödland u. a. m. — genügend Gelegenheit zur Beschäftigung der Gefangenen vorhanden sein dürfte; außerdem kann (siehe Art. 6 Abs. 2 [Art. 25 Abs. 2 Br. Dekl.]) den Gefangenen auch gestattet werden, für Privatpersonen oder für eigene Rechnung Arbeiten auszuführen[6]). Über den Umfang der durch die fragliche Bestimmung des Art. 6 der Ordnung ausgeschlossenen Arbeiten wird man vermutlich immer streiten[7]); eine genaue, jeden Streit ausschließende Regelung wäre eine, wenn auch sehr schwierige Aufgabe der demnächst (1915) zusammentretenden III. Konferenz.

Die Kriegsgefangenen haben wegen der von ihnen geleisteten Arbeiten Anspruch auf Vergütung. Ihre Arbeiten für

---

[1]) a. a. O. S. 89, 90.

[2]) Kriegsgesch. Einzelschr. 31, S. 14.

[3]) Meurer meint, der Verfasser dieses Aufsatzes habe die den Art. 25 der Deklaration abändernde Bestimmung des Art. 6 der Ordnung übersehen (a. a. O. S. 129 Anm. 2).

[4]) a. a. O. S. 176.

[5]) a. a. O. S. 129.

[6]) Wie es auch schon 1870 den französischen Kriegsgefangenen in entgegenkommender Weise erlaubt wurde (siehe Eichelmann, a. a. O. S. 139). Dagegen sieht z. B. das russische Kriegsgefangenenreglement vom 2./14. Juli 1877 nur ihre Verwendung von Staats wegen vor. (Eichelmann, a. a. O.)

[7]) cf. Meurer, a. a. O. S. 129.

den Staat werden nach den für Militärpersonen des eigenen Heeres bei Ausführung der gleichen Arbeiten geltenden Sätzen, falls solche nicht bestehen, „entsprechend den geleisteten Arbeiten“ bezahlt. (Art. 6 Abs. 3 d. O.) Wenn die Arbeiten für öffentliche Verwaltungen (Kommunen und Kommunalverbände) oder für Private ausgeführt werden, so richtet sich die Bezahlung nach den von der Militärbehörde mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarungen. (Art. 6 Abs. 4 [Art. 25 Abs. 2 Br. Dekl.].) Der Nehmestaat hat das Recht, von dem Verdienste die Unterhaltskosten für den Gefangenen abzuziehen (siehe S. 51 Art. 6 Abs. 5 d. O.), und zwar von dem vollen Verdienst, nicht erst von dem nach den Aufwendungen für die Besserung der Lage des Gefangenen verbliebenen Überschuß[1]). Erst darf sich m. E. der Staat wegen seiner Ausgaben für den Kriegsgefangenen aus dem Verdienste desselben befriedigen, der dann verbleibende Überschuß ist zur Besserung der Lage des Kriegsgefangenen zu verwenden; ein etwa dann noch verbleibender Rest ist ihm bei der Entlassung herauszuzahlen[2]).

§ 27. 4. Straf- und militärische Befehlsgewalt des Nehmestaates über die Kriegsgefangenen.

Die Kriegsgefangenen unterstehen den Gesetzen, Vorschriften und Befehlen, die in dem Heere des Nehmestaates gelten (siehe Art. 8 Abs. 1 Satz 1 der Ordnung [Art. 28 Abs. 1 Br. Dekl.]). Der Kriegsgefangene untersteht also den Militär-, nicht den bürgerlichen Gesetzen des Nehmestaates[3]), in

[1]) Wie man bei der Ausdrucksweise dieses Artikels annehmen müßte; vgl. dazu Meurer, a. a. O. S. 129, 130.

[2]) In Deutschland behielten 1870 die französischen Gefangenen ihren Arbeitsverdienst unverkürzt (siehe Eichelmann, a. a. O. S. 169; Calvo, a. a. O. § 2147.

[3]) Eichelmann, a. a. O. S. 161 f., tritt unter Hinweis darauf, daß der Kriegsgefangene „für die bürgerlichen Beziehungen gewöhnlicher Fremder“ sei, für die Anwendung der im Nehmestaat geltenden bürgerlichen Gesetze ein. Dem hält Zorn, a. a. O. S. 92 Anm. 2, mit vollem Recht entgegen, daß der Kriegsgefangene doch nicht als „gewöhnlicher Fremder“ angesehen werden könne, und daß angesichts der Tatsache, daß in Kriegszeiten das Strafrecht auch für die eigenen friedlichen Staatsangehörigen eine beabsichtigte Schärfung erfahre, kein Grund vorhanden sei, den Kriegsgefangenen, bei dem noch der Begriff des Militärs hinzukomme, den Zivilstrafgesetzen zu unterstellen.

Deutschland insbesondere dem Militärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872 und, da auch disziplinarische Strafe zugelassen ist, der deutschen Disziplinarstrafordnung für das Heer vom 31. Oktober 1872 und für die Marine vom 1. November 1902. Die Bestimmung des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 der Ordnung — wörtlich aus Art. 23 der Deklaration genommen —: „Jede Unbotmäßigkeit kann mit der erforderlichen Strenge geahndet werden", die besonders das Disziplinarstrafrecht des Nehmestaates statuieren soll, ist m. E. überflüssig; denn wenn die Kriegsgefangenen (nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1) den Gesetzen, Vorschriften und Befehlen unterstehen, die im Heere des Nehmestaates gelten, so folgt daraus m. E. von selbst das Recht, jeden Verstoß dagegen mit der erforderlichen Strenge zu bestrafen.

Der Gefangene tritt in ein Verhältnis militärischer Unterordnung zu den Offizieren des Nehmestaates; auch der etwa einen höheren Rang als der befehlende Offizier des Nehmestaates bekleidende kriegsgefangene Offizier; innerhalb der Kriegsgefangenen erlischt das alte Vorgesetztenverhältnis[1]); ein gefangener Offizier ist niemals Vorgesetzter der Soldaten des Nehmestaates, wohl aber Untergebener des mit seiner Bewachung beauftragten Soldaten. Nach § 158 MStGB. finden die Vorschriften des Militärstrafgesetzbuches auf strafbare Handlungen eines Kriegsgefangenen nach Maßgabe seines Militärranges[2]) entsprechende Anwendung". Dabei ist zu bemerken, daß gewisse Militärdelikte von einem Kriegsgefangenen überhaupt nicht begangen werden können; so z. B. kann der Tatbestand der Fahnenflucht (§ 69 MStGB.) und der der Feigheit (§ 87) von einem Kriegsgefangenen nicht erfüllt werden. Dagegen werden die Kriegsgefangenen regelmäßig wegen Vergehens gegen die Pflichten militärischer Unterordnung wie Achtungsverletzung (§ 89), Gehorsamsverweigerung (§§ 94, 95), tätlichen Angriffs gegen einen Vorgesetzten (§ 97) zu bestrafen

[1]) Kriegsgesch. Einzelschr. 31, S. 13; Rotermund, Komm. z. Militärstrafgesetzbuch, Anm. 6 zu § 158 S. 455.

[2]) Das Militärstrafgesetzbuch berücksichtigt noch nicht die der Kriegsgefangenschaft unterliegenden nichtmilitärischen Personen des Art. 13 der Ordnung (siehe darüber Rotermund, a. a. O. Anm. 3 zu § 158 MStGB. S. 454.

sein, weil sie der militärischen Disziplin unterliegen. Ferner könnten sie wegen Meuterei (§§ 103—105 MStGB.) und militärischen Aufruhrs (§§ 106—110) bestraft werden. Begehen die Kriegsgefangenen ein gemeines Verbrechen, so werden sie nach § 3 MStGB. in Verbindung mit § 10 RStGB. nach dem Reichsstrafgesetzbuch abgeurteilt[1]). Nach § 9 Ziff. 2 MStGB. finden auch die Kriegsgesetze auf die Gefangenen Anwendung, soweit sie in einem in Kriegszustand erklärten Teile des Reiches interniert sind; bei den noch auf dem Kriegsschauplatz befindlichen Kriegsgefangenen ist dies selbstverständlich. Ohne ausdrückliche Erklärung des Kriegszustandes gelten nach § 9 Ziff. 4 MStGB. die Kriegsgesetze für die Kriegsgefangenen auch schon dann, wenn ihnen durch den höchsten Offizier am Platze das Inkrafttreten derselben dienstlich bekannt gegeben wird.

Die Unterwerfung der Kriegsgefangenen unter die Militärstrafgerichtsbarkeit ist durch die Reichsmilitärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898 (§ 1 Ziff. 8) bestimmt[2]).

§ 28. 5. Insbesondere Bestrafung der Kriegsgefangenen. a) Bei Flucht und Fluchtversuch.

Außerordentlich wichtig und häufig praktisch ist besonders die Frage, ob und wie die Kriegsgefangenen bei gelungener Flucht (früher Selbstranzionierung genannt) — und abermaliger Gefangennahme — und bei Fluchtversuch zu bestrafen sind. Die Flucht ist — in der Definition des Fluchtversuches in Art. 8 Abs. 2 der Ordnung — als geglückt anzusehen, wenn die Kriegsgefangenen ihr Heer erreicht oder das von den Truppen, die sie gefangen genommen haben, besetzte Gebiet verlassen haben[3]). Nach Art. 8 Abs. 3 der Ordnung (Art. 28 Abs. 3 Br. Dekl.)

---

[1]) Es kann auch auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, dagegen nicht auf militärische Ehrenstrafen erkannt werden (cf. Rotermund, a. a. O. Anm. 8 zu § 158 S. 455).

[2]) Nach § 3 EG. zur MStGO. können die Bestimmungen über die Bildung der Militärgerichte und das Verfahren, soweit es sich um die Strafgerichtsbarkeit gegen Kriegsgefangene handelt, durch Kaiserliche Verordnung abgeändert werden (cf. Zorn, a. a. O. S. 107 Anm. 1).

[3]) Wenn Kriegsgefangene auf das Gebiet einer neutralen Macht entwichen sind, so sind sie, falls sie von ihr aufgenommen worden, freizulassen. Gestattet ihnen der neutrale Staat, auf seinem Gebiete zu ver-

soll die gelungene Flucht des Kriegsgefangenen straffrei bleiben[1]). Diese Auffassung findet ihren Grund darin, daß in der durch die gelungene Flucht bewirkten tatsächlichen Aufhebung des Gewaltverhältnisses nichts Strafbares gesehen wird[2]) und zudem mit dieser Aufhebung auch der auf ihm beruhende Rechtstitel, der eine Bestrafung des Gefangenen wegen der Flucht erst ermöglicht, somit die Strafbarkeit selbst, wegfällt. Der Kriegsgefangene, der seine Freiheit wiedergewonnen hat, soll sich, nach der aus den Haager Protokollen[3]) ersichtlichen Meinung der Konferenz, tatsächlich und rechtlich ganz in der Lage wie derjenige, der niemals Kriegsgefangener geworden ist, befinden. Wenn er auch wegen seiner Flucht nicht bestraft werden darf, so hat selbstverständlich der Nehmestaat das Recht, ihn zur Verhütung eines neuen Fluchtgelingens schärfer als gewöhnlich zu bewachen[4]), wie überhaupt der Nehmestaat allgemein befugt ist, alle Maßregeln zu ergreifen, die ein Entweichen der Gefangenen zu verhindern geeignet sind; daß diese Maßregeln dort, wo die Möglichkeit eines Entkommens für die Gefangenen besonders nahe liegt und auch häufig benutzt wird, für alle Gefangenen hart sein werden und müssen, ist im Interesse der unbeteiligten Kriegsgefangenen zu bedauern, aber m. E. durchaus nicht völkerrechtswidrig. A. A. Bonfils[5]), der eine solche „Gemeinbürgschaft" zwischen den Kriegsgefangenen als den Grundbegriffen der Gerechtigkeit widersprechend ablehnt. Er tadelt z. B. die bekannte Verfügung des Generals Vogel von Falckenstein, der, um den

---

weilen, so kann er ihnen den Aufenthaltsort anweisen (Art. 13 Abs. 1 des Abkommens betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges, 1907, 15. Oktober).

[1]) Eichelmann will (a. a. O. S. 151 ff.) auch hier (siehe § 24) zwischen freiwilligen Gefangenen und solchen, die gewaltsam gefangen genommen worden sind, unterscheiden. Die herrschende Meinung weist dies mit Recht zurück, cf. Lueder, a. a. O. S. 439 Anm. 20; Zorn, a. a. O. S. 98 Anm. 3; Kasparek, a. a. O. S. 725 Anm. 92.

[2]) Zorn, a. a. O. S. 98.

[3]) Haager Protokolle, III 38; cf. Meurer, S. 134; Zorn, S. 99 Anm. 1.

[4]) Bonfils, Lehrb. d. Völkerr. Nr. 1128 S. 603; Zorn, a. a. O. S. 102; Meurer, a. a. O. S. 134; Lueder, a. a. O. S. 439 Anm. 20.

[5]) a. a. O. S. 603 Nr. 1130.

häufigen Fluchtversuchen der französischen Kriegsgefangenen 1870/71 zu steuern, befohlen hatte, daß für jede Entweichung zehn durch das Los bestimmte Offiziere, die mit dem Entsprungenen zusammen gewohnt hatten, bis zu dessen Wiedereinfangung zu strenger Haft auf eine Festung unter Entziehung aller Standesvorrechte abzuführen seien. Auch Calvo[1]) hält diese Verfügung für ungerechtfertigt. M. E. ist diese Maßregel kriegsrechtlich nicht unberechtigt, wenn man bedenkt, daß sie tatsächlich zur Sicherung der Gefangenschaft bei den zahlreichen Entweichungen — zu denen der französische Kriegsminister sogar durch Aussetzen einer Belohnung von 750 Francs für jede gelungene Flucht ermunterte — notwendig war[2]).

Die Straflosigkeit für den Fall gelungener Flucht zusichernde Bestimmung des Art. 8 Abs. 3 der Ordnung hat dann nicht statt, wenn der Flüchtling bei oder zur Ausführung der Flucht eine nach den Militär- oder Zivilgesetzen des Nehmestaates strafbare Handlung begangen hat. Die eintretende Strafbarkeit wird hierbei jedoch nicht durch die unter diesen Umständen vorgenommene Flucht, sondern nur durch die dabei begangene Straftat begründet; dieser Strafrechtsanspruch des Nehmestaates erlischt nicht mit der Aufhebung des Gewaltverhältnisses durch die gelungene Flucht, sondern bleibt bis zu seiner Verjährung bestehen. Das deutsche Militärstrafgesetzbuch hat dem in Art. 8 Abs. 3 der Ordnung statuierten Grundsatz der Straflosigkeit bei gelungener Flucht insofern Rechnung getragen, als nach ihm die Selbstbefreiung von Gefangenen, falls sie nicht mit anderen unter Strafe gestellten Delikten zusammentrifft, straflos bleibt. Dagegen spricht m. E. nicht § 79 MStGB. — wonach ein Gefangener, der sich selbst befreit, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bestraft wird —, denn unter der „Gefangenschaft" dieses Paragraphen ist Strafgefangenschaft zu verstehen[3]). Natürlicherweise kann auch ein Kriegsgefangener, der sich z. B. eines der oben erwähnten mit Freiheitsverlust zu bestrafenden Vergehen und Verbrechen schuldig gemacht hat und sich dafür in Strafgefangenschaft

[1]) a. a. O. § 2149.
[2]) Vgl. dazu Lueder, a. a. O. S. 439 Anm. 29.
[3]) Zorn, a. a. O. S. 108.

befindet, durch die Flucht aus derselben eine nach § 79 MStGB. strafbare Handlung begehen[1]). Ebenso kann man m. E. nicht aus § 64 MStGB., der die unerlaubte Entfernung von der Truppe oder von einer Dienststellung mit Strafe bedroht, eine Strafbefugnis gegen den entflohenen Kriegsgefangenen herleiten, denn aus § 69 MStGB. ergibt sich, daß Voraussetzung des § 64 MStGB. die freiwillige Rückkehr ist. Diese fehlt aber sowohl bei Flucht als auch Fluchtversuch — natürlich kann der Kriegsgefangene auch eine unerlaubte Entfernung nach § 64 MStGB. begehen, das stellt jedoch keinen Fluchtversuch im Sinne des Art. 8 Abs. 2 d. O. dar[2]). — Ist die Absicht vorhanden, dauernd fortzubleiben, so liegt Fahnenflucht vor (§ 69 MStGB.), die ein Kriegsgefangener nicht begehen kann. Da im Militärstrafgesetzbuch an keiner Stelle ausdrücklich von einer Bestrafung der Flucht des Kriegsgefangenen die Rede ist und ferner hierauf keine andere Bestimmung dieses Gesetzbuchs nach § 158 MStGB. entsprechend angewendet werden kann, so steht m. E. fest, daß auch nach deutschem Militärrecht die gelungene Flucht des Kriegsgefangenen straflos bleiben muß[3]).

Glückt die Flucht nicht, so unterliegt der Wiederergriffene nach Art. 8 Abs. 2 der Ordnung (Art. 28 Abs. 2 Br. Dekl.) disziplinarischer Bestrafung. Gerade über die Frage der Bestrafung des Fluchtversuchs beim Kriegsgefangenen wurde vor und auf der I. Haager Konferenz selbst ein lebhafter Streit geführt. Die eine Ansicht — welche den Fluchtversuch lediglich als „Äußerungen des natürlichen Freiheitstriebes“ oder als „Abschüttelung eines Unglücks und der kriegerischen Untätigkeit“[4]) betrachtet — bestritt, abgesehen von Disziplinarstrafen, die Möglichkeit einer Bestrafung.

Die andere — auf der I. Haager Konferenz besonders von dem russischen Bevollmächtigten[5]) vertretene — Ansicht

[1]) Dagegen spricht Endres, a. a. O. S. 71, die Anwendbarkeit des § 79 auf die Kriegsgefangenschaft ohne Einschränkung aus.

[2]) Zorn, a. a. O. S. 109.

[3]) Anders aber Endres, a. a. O. S. 71; Meurer, a. a. O. S. 134.

[4]) Lueder, a. a. O. S. 434.

[5]) cf. Meurer, a. a. O. S. 132.

hielt die Disziplinarstrafe zur Bekämpfung des Fluchtversuches für nicht ausreichend und wollte die Fälle desselben vor das Kriegsgericht gebracht haben.

Eine dritte Ansicht[1]) war im Hinblick auf den „Konflikt der Pflichten", den die Gefangenen durchmachen müssen, überhaupt gegen jede — auch disziplinarische — Bestrafung des Fluchtversuches. Die Konferenz entschied unter Berücksichtigung des von ihr hinsichtlich der gelungenen Flucht vertretenen Grundsatzes der Straffreiheit, daß der Fluchtversuch, da er nicht imstande sei, das Bestehen der feindlichen Gewalt und damit die Strafbefugnis über den entwichenen Kriegsgefangenen aufzuheben, zwar als Unbotmäßigkeit gegen den gefangenhaltenden Staat zu bestrafen sei, aber nur disziplinarisch, da er keine gemeine Straftat darstelle. Voraussetzung für eine nur disziplinarische Bestrafung des Fluchtversuches ist natürlich, daß er nicht als qualifizierter, d. h. unter Begehung von Verbrechen und Vergehen unternommen wird; in diesem Falle ist der Täter wegen des Deliktes — wie bei der qualifizierten Flucht — nach den Militär- und bürgerlichen Strafgesetzen abzuurteilen.

Die Truppen bzw. Posten des Nehmestaates haben das Recht, zur Verhinderung des Gelingens der Flucht auf die flüchtenden Gefangenen zu schießen. Diese Befugnis, die in Art. 28 Abs. 2 der Brüsseler Deklaration — die aber vorherigen Anruf verlangt — statuiert war, ist nicht in die Ordnung aufgenommen worden, trotzdem aber nicht als aufgehoben anzusehen; vielmehr hat die Haager Konferenz die Streichung des betreffenden Passus der Brüsseler Deklaration deswegen vorgenommen, weil sie diese äußerste Maßregel nicht ausdrücklich sanktionieren wollte; das Recht dazu hat sie nicht bestreiten wollen[2]).

---

[1]) Zorn, a. a. O. S. 94.

[2]) Meurer, a. a. O. S. 133; Zorn, a. a. O. S. 93; vgl. dazu auch Triepel, a. a. O. S. 52, der das Schießen auf den Kriegsgefangenen ohne vorherigen Anruf, wie es das französische Kriegsgefangenenreglement vom 21. März 1893 vorsieht, verteidigt. Das deutsche Militärrecht erlaubt dies nach Endres, a. a. O. S. 71 — der aber keine Belege dafür gibt — ebenfalls; vgl. dazu Lueder, a. a. O. S. 439 Anm. 21.

Nach den S. 59, 60 gemachten Ausführungen spricht das Militärstrafgesetzbuch weder ausdrücklich die Strafbarkeit der Flucht und des Fluchtversuchs aus, noch läßt sich dieses aus den §§ 64 oder 79 MStGB. folgern. Die völkerrechtlich erlaubte disziplinarische Bestrafung findet im deutschen Recht eine Grundlage in § 1 Ziffer 1 der Disziplinarordnung, nach dem der Fluchtversuch als eine Handlung „gegen die militärische Zucht und Ordnung und gegen die Dienstvorschriften, für welche die Militärgesetze keine Strafbestimmungen enthalten", disziplinarisch zu bestrafen ist.

b) Bei Verletzung der von ihnen übernommenen Verpflichtungen.

§ 29. 1. Bei Flucht und Fluchtversuch unter Ehrenwortsbruch.

Der nicht seltene Fall, daß die Flucht unter Bruch des Ehrenworts erfolgt, ist in Art. 8 Abs. 3 der Ordnung (und Art. 28 Abs. 3 Br. Dekl.) nicht geregelt.

Das deutsche Militärstrafrecht droht in § 159 MStGB. dem Kriegsgefangenen für diesen Fall bei Wiederergreifung Todesstrafe an[1]). Die völkerrechtliche Zulässigkeit ergibt sich aus der Strafbarkeit des bei der Flucht begangenen Deliktes des Ehrenwortbruches[2]). Dem steht nicht Art. 8 Abs. 3 der Ordnung entgegen, da er, wie schon erwähnt, nur die nichtqualifizierte Flucht straflos läßt; außerdem stand übrigens die Konferenz, die ja nur den die Entlassung betreffenden ehrenwörtlichen Vertrag geregelt hat, auf dem Standpunkt, daß „der Ehrenwortbruch, gleichgültig mit Beziehung, worauf das Ehrenwort gegeben war"[3]), unter allen Umständen zu strafen sei.

Entsprechendes gilt für die Strafbarkeit des unter Bruch des Ehrenwortes unternommenen Fluchtversuches, da auch hier nicht der Fluchtversuch, sondern der Ehrenwortsbruch be-

[1]) Ebenso das amerikanische Recht (Amerikan. Kriegsartikel, Art. 124). Auch das französische Recht — wie überhaupt das der meisten Staaten — belegt den Wortbrüchigen mit Strafe (siehe Triepel, a. a. O. S. 53; Zorn, a. a. O. S. 105).

[2]) cf. Zorn, a. a. O. S. 100; Lueder, a. a. O. S. 434.

[3]) cf. Zorn, a. a. O. S. 103 Anm. 3.

straft wird. Nach deutschem Recht (§ 159 Abs. 1 MStGB.) steht auch darauf die Todesstrafe[1]).

§ 30. 2. Bei Entlassung auf Ehrenwort.

Nach Art. 10 der Ordnung (Art. 31 Br. Dekl.) können Kriegsgefangene vom Nehmestaat gegen Ehrenwort freigelassen werden, wenn die Gesetze ihres Landes sie dazu ermächtigen. Die Kriegsgefangenschaft ist dann durch die Entlassung auf Ehrenwort zwar tatsächlich beendet, aber nicht rechtlich. Die Wirkungen über den Zeitpunkt der Entlassung hinaus zeigen sich einmal darin, daß die so entlassenen Kriegsgefangenen bei ihrer persönlichen Ehre verbunden sind, die eingegangenen Verpflichtungen sowohl dem Nehmestaat als auch ihrer Regierung gegenüber gewissenhaft zu beobachten (Art. 10 Abs. 1 der Ordn. [Art. 31 Abs. 1 Br. Dekl.]), und ferner darin, daß der auf Ehrenwort entlassene Kriegsgfangene, der die Ehrenverpflichtung bricht, bei Wiederergreifung das Recht auf Behandlung als Kriegsgefangener verliert und gerichtlicher Bestrafung verfällt (Art. 12 d. O. [Art. 33 Br. Dekl.]).

Nach internationalem Brauch werden gewöhnlich nur Offiziere[2]) auf Ehrenwort entlassen. Kein Kriegsgefangener kann zur Abgabe des Ehrenwortes gezwungen werden (Art. 11 d. O. [Art. 32 Br. Dekl.]). Die Regierung des Kriegsgefangenen soll die von ihm eingegangene Verpflichtung achten (Art. 10 Abs. 2

---

[1]) Auch das französische Recht stellt den Fall unter Kriminalstrafe, cf. Zorn, a. a. O. S. 105.

Das „Entweichen" im Sinne des § 159 MStGB. ist im Gegensatz zum Standpunkte der Ordnung schon dann vollendet, wenn der Gefangene sich dem Machtbereich des Vorgesetzten entzogen hat und nachweisbar die Absicht hatte, in seine Heimat zu fliehen (cf. Rotermund, a. a. O. Anm. 6 zu § 159 S. 456).

[2]) Obwohl Art. 10 d. O. (Art. 31 Br. Dekl.) ganz allgemein von Kriegsgefangenen spricht. Das französische Recht z. B. nimmt nur von Offizieren das Ehrenwort an, ähnlich das deutsche (cf. Zorn, a. a. O. S. 96 Anm. 2); von Gemeinen und Unteroffizieren verlangt das französische Kriegsgefang.-Reglement (Art. 65, 95) Eid oder schriftliches Versprechen (siehe Triepel, a. a. O. S. 53).

Das österreichische Recht verbietet überhaupt die Abgabe eines derartigen Ehrenwortes (siehe österreich. Dienstregl., I § 6 Nr. 41).

[Art. 31 Abs. 2 Br. Dekl.]). Nach herrschender Ansicht[1]) muß der auf Ehrenwort Entlassene, auch wenn sein Staat ihm die Abgabe des Ehrenwortes durch Gesetz oder ausdrücklich verboten hat, — nach dem Grundsatz, daß auch im Völkerrechtsleben Treue und Glauben herrscht, — persönlich die der feindlichen Regierung gegenüber eingegangene Verpflichtung unbedingt halten; allerdings muß er dann seinem Heimatsstaate gegenüber für seine verbotswidrige Handlungsweise einstehen[2]).

Die Verpflichtung des auf Ehrenwort Entlassenen erstreckt sich mangels einer ausdrücklichen Festsetzung des Verpflichtungsinhaltes in der Regel darauf, gegen den entlassenden Staat oder seinen Verbündeten im gegenwärtigen Krieg nicht mehr die Waffen zu tragen (siehe Art. 10, 12 d. Ordn. [Art. 31, 33 Br. Dekl.])[3]). Diese Fassung ist jedoch nicht bestimmt genug und dürfte vom Standpunkt der Nehmepartei aus kaum ausreichend sein; denn sie erstreckt sich bei streng wörtlicher Auslegung nur auf den aktiven Felddienst gegen die entlassende Kriegspartei und deren etwaige Bundesgenossen. Danach würde der auf Ehrenwort entlassene Kriegsgefangene immer noch im inneren Militärdienst — so z. B. zum Truppenausheben und -ausbilden —, ja sogar zum Kampf gegen Aufständische oder auch andere Kriegsparteien Verwendung finden können. Tatsächlich hat auch die französische Regierung 1870/71 die von der deutschen Heeresleitung unter der ehrenwörtlichen Verpflichtung, „in diesem Feldzug nicht mehr gegen Deutschland die Waffen zu tragen", entlassenen Kriegsgefangenen in Vertretung obiger Auffassung als Leiter der Waffen- und Geschützfabrikation usw. sowie zur Aushebung und Ausbildung von Rekruten verwandt[4]). Infolgedessen sah sich Deutschland im weiteren Verlauf des Feldzuges genötigt, an die Stelle der erstgenannten die Klausel:

---

[1]) z. B. Lueder, a. a. O. S. 445; Meurer, S. 139, 142; Kriegsgeschichtl. Einzelschriften 31, S. 17.

[2]) Bonfils, a. a. O. S. 606; Calvo, a. a. O. § 2151 und Bluntschli, Nr. 626 lassen auch für diesen Fall die Regierung des Entlassenen zur Beobachtung der Verpflichtung gehalten sein.

[3]) Wo aber die Klausel betr. die Verbündeten noch nicht enthalten ist.

[4]) Vgl. Meurer, a. a. O. S. 143.

„in nichts gegen das Interesse Deutschlands zu handeln“ zu setzen[1]). Aber auch diese Fassung läßt noch Raum für Zweifel, die eben nur durch genaue Fixierung des Verpflichtungsinhalts zu heben sind. Deshalb ist die Aufstellung einer einwandfreien und möglichst keinen Zweifel zulassenden Formel durchaus vonnöten[2]). Im übrigen kann man m. E. der Ansicht Meurers[3]) beitreten, daß es den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht, „an der Verpflichtung herumzudeuteln und dieselbe durch Auslegungskunststückchen abzuschwächen“.

Verletzt der auf Ehrenwort entlassene Kriegsgefangene die ihm obliegende Verpflichtung, so trifft ihn, wenn er wieder ergriffen wird, die in den einzelnen Staaten auf Ehrenwortbruch gesetzte, gewöhnlich sehr strenge Kriminalstrafe (Art. 12 d. O.). Das deutsche Militärstrafgesetzbuch droht in § 159 Abs. 1 Todesstrafe an[4]), und zwar nicht nur für den, der „auf Ehrenwort entlassen, die gegebene Zusage bricht“, sondern (siehe § 159 Abs. 2 MStGB.) ganz allgemein auch für denjenigen, der „den Bedingungen, unter denen er aus der Kriegsgefangenschaft entlassen, vor Beendigung des Krieges entgegenhandelt“[5]); diese Bedingungen brauchen nicht gerade die beim Ehrenwort üblichen zu sein und können sogar einseitig gesetzt werden.

§ 31. 6. Privatrechtliche Stellung der Kriegsgefangenen.

Es entspricht der heutigen Auffassung von der Kriegsgefangenschaft als einem bloßen Sicherungsmittel, daß die

[1]) So z. B. in den Kapitulationen von Metz und Sedan. — Übrigens haben diese Fassung auch die Japaner im Russisch-Japanischen Kriege 1905 entsprechend angewandt; so im Kapitulationsvertrage von Port Arthur.

[2]) Vgl. Manuel, Art. 76 Abs. 2; Lueder, a. a. O. S. 444; Kriegsgesch. Einzelschr. 31, S. 17.

[3]) a. a. O. S. 144.

[4]) Ebenso das französische Recht in Art. 35 Abs. 5 Kr.-Gef.-Regl. in Verbindung mit Art. 204 des Code de justice militaire; cf. Triepel, a. a. O. S. 53.

[5]) Damit setzt sich m. E. das deutsche Militärstrafgesetzbuch nicht in Widerspruch mit Art. 12 d. O., wonach nur Ehrenwortbruch gestraft werden soll. „Es kann — wie Meurer a. a. O. S. 138 ausführt — nicht die Absicht des Abkommens sein, eine einfach übernommene Verpflichtung mit dem Stempel der Unverbindlichkeit zu versehen.“ Vielmehr verlange das hier wiederum zur Ergänzung heranzuziehende gemeine Völkerrecht, daß im Völkerrechtsleben Treu und Glauben gewahrt wird: „etiam hosti fides servanda“.

Kriegsgefangenen in ihrer Privatrechtsstellung keine Einbuße erleiden, daß sie insbesondere — wie schon seit dem Ende des Mittelalters (siehe § 18) anerkannt — ihre Rechtsfähigkeit und personenrechtliche Stellung nicht verlieren. Dies gilt ebenso auch für die öffentlichrechtliche Stellung des Kriegsgefangenen; er behält seine Staatsangehörigkeit wie überhaupt seine staatsrechtliche Stellung[1]). Wenn ihm auch in manchen Fällen die Ausübung seiner Rechte durch seinen Zustand als Kriegsgefangener erschwert oder unmöglich gemacht wird, so ist dies doch nur eine tatsächliche Suspension derselben, wie sie auch bei anderen längere Zeit Abwesenden eintreten konnte; es finden auch die Grundsätze, welche das Privat- und Prozeßrecht seines Staates hinsichtlich der Behandlung Abwesender aufstellt, auf ihn Anwendung.

Die Beseitigung dieser Hemmnisse wird auch noch in unserer Zeit als sog. postliminium personarum bezeichnet[2]). M. E. ist aber das postliminium personarum im heutigen Kriegsrecht eine überflüssige Rechtsformel, — wie auch Heffter[3]) selbst zugibt —, da die Rechtsverhältnisse des Kriegsgefangenen keine Beeinträchtigung erfahren haben und nur die eines bis dahin Abwesenden, nun aus der Abwesenheit Zurückkehrenden sind (cf. Heffter[4]), Bonfils[5]), der überhaupt die Anwendung des jus postliminii, auch auf öffentlichrechtlichem Gebiete, verwirft; für das Kriegsgefangenenrecht ist Liszt[6]) anscheinend derselben Meinung, da er nur das öffentlichrechtliche postliminium beim Friedensschluß erwähnt). Das vom Kriegs-

---

[1]) Die interessante und — weil sie leicht praktisch werden kann — nicht unwichtige Frage, ob ein in Kriegsgefangenschaft befindlicher Souverän, der an sich zum Friedensschluß berechtigt ist, gültig Frieden schließen kann, entscheidet Lueder, a. a. O. S. 797 dahin, daß das gefangene Staatsoberhaupt zwar nicht das Recht verliere, wohl aber die Fähigkeit es auszuüben; es müsse dann nach dem Verfassungsrecht des betr. Staates eine Regentschaft eintreten.

[2]) cf. v. Kirchenheim, a. a. O. S. 837; Heffter, a. a. O. S. 411; Bluntschli, a. a. O. Nr. 737, 738; Ullmann, Völkerrecht S. 481.

[3]) a. a. O. S. 411.

[4]) a. a. O. S. 411.

[5]) a. a. O. S. 835.

[6]) Das Völkerr., S. 289.

gefangenen in seiner Heimat zurückgelassene Vermögen bleibt ihm unverkürzt erhalten, bezüglich seiner in den Krieg mitgenommenen Sachen, die noch z. T. bis in die neuere Zeit als aneignungsfähig betrachtet worden sind[1]), hebt Art. 4 Abs. 3 der Ordnung ausdrücklich hervor, daß alles, was den Gefangenen persönlich gehört, ihr Eigentum verbleiben muß; Waffen, Pferde und Schriftstücke militärischen Inhalts sind jedoch ausgenommen[2]).

Die abweichende Behandlung dieser Gegenstände ist eine Maßregel, welche zur Durchführung des Kriegszwecks, nicht zum wenigsten aber auch zur eigenen Sicherheit der Gefangennehmenden nötig ist. Soweit die weggenommenen Gegenstände dem feindlichen Staate gehören, was überwiegend der Fall sein wird, ist die Wegnahme schon durch ihre Eigenschaft als bewegliches Staatseigentum gerechtfertigt.

Man wird dem Nehmestaat das Recht zusprechen müssen, auch andere Sachen der Kriegsgefangenen, deren Gebrauch ihn schädigen könnte, für die Dauer der Kriegsgefangenschaft mit Beschlag zu belegen[3]).

Von großer Bedeutung für den Schutz und die Erhaltung des Eigentums der Kriegsgefangenen ist die in Art. 14 Abs. 2 getroffene Bestimmung, daß alle zum persönlichen Gebrauche dienenden Gegenstände und Wertsachen eines entwichenen oder gestorbenen Kriegsgefangenen der nach Art. 14 Abs. 1 d. O. zu errichtenden Auskunftsstelle über die Kriegsgefangenen übermittelt werden sollen; die Auskunftsstelle, die nach Art. 16 d. O.

---

[1]) cf. Heffter, a. a. O. § 135 S. 295; dagegen: Geffcken, a. a. O. Anm. 2 zu § 135 S. 296; Lueder, a. a. O. S. 411 u. a.

[2]) Dagegen Eichelmann, a. a. O. S. 118 f., der trotz des dem Art. 4 der Ordnung entsprechenden Art. 23 Abs. 5 der Brüsseler Deklaration — die übrigens nur die Waffen der Kriegsgefangenen als der Wegnahme unterliegend ansieht — den kriegsgefangenen Offizieren die Waffen unbedingt gelassen wissen will, und zwar wegen der Unverletzlichkeit des Privateigentums auch der Kriegsgefangenen, dann aber auch als Anerkennung ihrer Tapferkeit. Dieser eine Pflicht zur Waffenbelassung statuierenden Ansicht widerspricht mit Recht Zorn, a. a. O. S. 75, 76. Im übrigen beläßt man gewöhnlich — aus internationaler Courtoisie, oft auch als Anerkennung der Tapferkeit — den gefangenen Offizieren den Degen.

[3]) cf. z. B. Bonfils, a. a. O. Nr. 1123 S. 600.

Portofreiheit genießt, trägt dann für Zustellung an den Berechtigten Sorge.

Das deutsche Militärrecht schützt das Eigentum der Kriegsgefangenen durch Art. 17 der deutschen Kriegsartikel vom 22. November 1902 und vor allem durch die scharfe Strafbestimmung des § 134 MStGB.

Aber nicht nur in dem wirksamen Schutze des Eigentums zeigt sich die Fürsorge gegenüber dem Kriegsgefangenen, er soll auch, soweit tunlich, in der Abwickelung seiner Rechtsangelegenheiten, insbesondere durch Gewährung von Rechtsbeistand[1]), unterstützt werden.

Besonders erleichtert ist den Kriegsgefangenen die Testamentserrichtung; es sollen hierbei nach Art. 19 Abs. 1 d. O. dieselben Bedingungen gelten wie für die Militärpersonen des eigenen Heeres. Das deutsche Recht hatte schon vorher durch § 44 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 (abgeändert durch § 20 EG. zur MStGO. vom 1. Dezember 1898) den in Deutschland internierten Kriegsgefangenen die erleichterte Testiermöglichkeit der eigenen Militärpersonen zugestanden. Die Ausantwortung des Nachlasses der Kriegsgefangenen an die Berechtigten erfolgt durch die Vermittelung der Auskunftsstelle. (Art. 14 Abs. 2 der Ordnung.)

Es sollen ferner die für die Militärpersonen des eigenen Heeres geltenden Bestimmungen über die Beurkundung des Todesfalls auf die Kriegsgefangenen Anwendung finden (nach Art. 19 Abs. 2). Dieser Artikel ist zu eng gefaßt, da er weder die Beurkundung von Ehen noch von Geburten zum Gegenstande hat. Daß solche Fälle vorgesehen werden müssen, erhellt schon daraus, daß auch Frauen der Kriegsgefangenschaft unterliegen (herrsch. Meinung, siehe § 21).

Im deutschen Recht finden nach § 2 der Verordnung vom 20. Januar 1879 (RGBl. 1879, 5) in Verbindung mit § 71 des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 die Vorschriften dieses Gesetzes auf Kriegsgefangene entsprechende Anwendung.

---

[1]) Lueder, a. a. O. S. 425.

Es mag nicht unerwähnt bleiben, daß ein Kriegsgefangener unter Umständen auch verschollen sein und nach den Gesetzen seines Landes für tot erklärt werden kann. Wenn auch der Zustand der Gefangenschaft in unserer Zeit, besonders bei der Tätigkeit der Auskunftsstellen, nicht mehr in dem Maße wie früher die Voraussetzungen zur Verschollenheit enthält, so ist doch auch heute der Fall nicht ganz ausgeschlossen. Im deutschen Recht kann nach § 15 Abs. 1 BGB. für tot erklärt werden, „wer als Angehöriger einer bewaffneten Macht — wozu nach Abs. 2 auch die Personen des Art. 13 der Ordnung gerechnet werden — an einem Kriege teilgenommen hat, während des Krieges vermißt worden und seitdem verschollen ist, wenn seit dem Friedensschlusse drei Jahre verstrichen sind“ [1]).

Endlich wird (Art. 19 Abs. 2) dem in der Kriegsgefangenschaft Gestorbenen eine seinem Rang und Dienstgrade entsprechende Beerdigung nach den für die Militärpersonen des eigenen Heeres geltenden Bestimmungen gewährleistet.

§ 32. 7. Beendigung der Kriegsgefangenschaft.

Von den Beendigungsgründen der Kriegsgefangenschaft haben wir das Fluchtgelingen und die — aber nur eine tatsächliche Beendigung herbeiführende — Entlassung auf Ehrenwort bereits behandelt. Im allgemeinen wird die Kriegsgefangenschaft bis zum Ende des Krieges, also gewöhnlich bis zum Friedensschluß dauern. Diesen Fall regelt auch nur das Haager Abkommen in Art. 20 d. O., der bestimmt, daß die Kriegsgefangenen nach dem Friedensschlusse binnen kürzester Zeit in ihre Heimat zu entlassen sind; es braucht wohl nicht erst hervorgehoben zu werden, daß die Kriegsgefangenen, die an sich schon mit dem Friedensschluß vollkommen frei sind, noch bis zur Beendigung des Rücktransportes — hauptsächlich im Interesse der Aufrechterhaltung der Disziplin — der Gewalt des Nehmestaats unterstehen. Die in Straf- oder Untersuchungshaft befindlichen Kriegsgefangenen können bis zur Verbüßung

[1]) Hat ein Friedensschluß nicht stattgefunden, so beginnt der dreijährige Zeitraum mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der Krieg beendigt worden ist (§ 15 Abs. 1 S. 2 BGB.).

ihrer Strafe bzw. bis zur Aufhebung der Untersuchungshaft vom Nehmestaat zurückbehalten werden[1]).

Besondere Endigungsgründe der Kriegsgefangenschaft sind die Auswechselung, die auf Grund von sog. Auswechselungskartellen vorgenommen wird und die besonders für kranke und verwundete Kriegsgefangene vorgesehen ist (siehe Art. 2 der Genfer Konvention vom 6. Juli 1906), und die Befreiung durch die Truppen des eigenen Staates.

Schließlich möge noch als natürlicher Endigungsgrund der Kriegsgefangenschaft der im Gebiete des Nehmestaats erfolgte Tod des Kriegsgefangenen erwähnt sein.

---

[1]) cf. v. Liszt, Völkerrecht, S. 301.

Lebenslauf.

Ich wurde am 4. November 1888 als Sohn des Hausbesitzers Hermann Locker und seiner Ehefrau Martha geb. Jahn zu Breslau geboren, bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Nachdem ich in Breslau bis zu meinem 10. Lebensjahre Volksschulunterricht genossen hatte, besuchte ich dort das Realgymnasium am Zwinger von Sexta bis Oberprima und bestand am 25. September 1908 am Realgymnasium zu Ratibor O.-S. die Reifeprüfung. Nach sechssemestrigem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Breslau bestand ich am 15. Juli 1912 beim Oberlandesgericht Breslau das Referendariats- und am 2. August desselben Jahres das juristische Doktorexamen. Am 23. November wurde ich beim Amtsgericht Neurode (Schles.) vereidigt, an dem ich auch jetzt noch beschäftigt bin.